Arthur Freytag

Die Unterschiede

des

Reugeldes (der s. g. Wandelpön)

von der Vertragsstrafe

nach gemeinem Recht und neuem Reichsrecht (BGB. und HGB.)

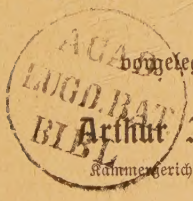
Inaugural-Dissertation

der

Juristen-Fakultät der Landes-Universität Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde



vorgelegt von

Arthur Freytag,

Kammergerichtsreferendar.

Rostock

Carl Hinstorffs Buchdruckerei

1902

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549205_0115

Seinen lieben Eltern

gewidmet

vom Verfasser.

Benutzte Litteratur.

Arndts, Pandekten, 14. Aufl. Stuttgart 1889.

Bach, Joh. Aug., „de multa poenitentiali“ in seinen Opuscula ad historiam et iurisprudentiam spectantia“ No. 10. Halle 1767.

Bähr, „Der Strafvertrag nach gemeinem Recht“ in der Kritischen Vierteljahrsschrift, Bd. 28.

Bechmann, Der Kauf im gemeinen Recht. Erlangen 1884.

Billmann, Die Vertragsstrafe im deutschen BGB. Inaug.-Dissert. Recklinghausen 1899.

Bruns, Syrisch-römisches Rechtsbuch. Leipzig 1880.

v. Buchka, BGB. und gemeines Recht. 3. Aufl. Berlin 1899.

Corpus iuris civilis, Ausgabe von Mommsen-Krüger. Berlin 1882.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. Jena 1900.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 5. Aufl. Stuttgart 1900.

Denkschrift zum Entwurf eines BGB. für das deutsche Reich.

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. 5. Aufl. Halle 1897.

Dernburg, Pandekten, 4. Aufl. Berlin 1894.

Dernburg, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. und 2. Aufl. Halle 1899.

Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Leipzig 1860.

Deus, Die Vertragsstrafe nach dem BGB. Inaug.-Dissert. Berlin 1896.

Düringer-Hachenburg, Das HGB. auf der Grundlage des BGB. Mannheim 1901.

Eck, „Rücktritt vom Vertrage" in Holtzendorffs „Rechtslexikon." 3. Aufl. Leipzig 1880/81.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 6. Aufl. Berlin 1899.

Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Aufl. 1901.

Fischer-Henle, Handausgabe des BGB. 3. Aufl. München 1899.

Förster-Eccius, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts. 7. Aufl. Berlin 1896/97.

Fuld, Die Vertragsstrafen nach dem BGB. im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. Bd. IX. Leipzig 1898.

Glück, Pandekten-Kommentar. Erlangen.

Grünhut in Endemanns Handbuch für das gesamte Handelsrecht. Bd. III. Leipzig 1881—84.

Gruchot, In seinen „Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts." Bd. 2 und 39. Berlin.

Heimbach, „Konventionalstrafe" in Weiske's Rechtslexikon. Leipzig 1841.

Hesdörffer, De arrha etymologiae, historiae, iuris respectu habito. Inaug.-Dissert. Hannover 1856.

Hölder, „Konventionalstrafe" in Holtzendorffs Rechtslexikon. 3. Aufl. Leipzig 1880/81.

v. Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts. 3. Aufl. Leipzig 1864.

v. Jagemann, Die Draufgabe. Vergleichende Rechtsstudie. Berlin 1873.

v. Ihering, „Ein Rechtsgutachten, betreffend die Gäubahn," in den Jahrbüchern für Dogmatik. Bd. 18. Jena 1880.

Klein, Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft. Halle 1797.

Koch, Das Recht der Forderungen. 2. Aufl. Berlin 1859.

Kronecker, Quaestiones quaedam de natura arrhae in iure Romano. Berlin 1874.

Lauterbach, De arrha. Tübingen 1728.

Lauterbach, De poena conventionali. Tübingen 1728.

Lehmann-Ring, Das HGB. für das Deutsche Reich. Berlin 1901.

Liebe, Die Stipulation und das einfache Versprechen Braunschweig 1840.

Lübbe, Die Vertragsstrafe. Inaug.-Diss. Greifswald 1900.

Manns, Von der Konventionalstrafe. Frankfurt a. M. 1876.

Marcus, „Die Behandlung der Vertragsstrafe in dem Entwurf des HGB. und dem BGB." in den Blättern für Rechtspflege, Jahrgang 8 Nr. 2. Berlin 1897.

Matthiae, Controversenlexikon. Leipzig 1856—64.

Matthias, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1900.

Meisner, Das BGB. Breslau 1898.

Motive zum Entwurf eines BGB. Berlin 1888.

v. Nettelbladt, Der Strafvertrag nach gemeinem Recht. Ludwigslust 1886.

Neuenfeldt, „Ist die Konventionalstrafe ihrem Grundprinzipe nach Strafe oder Ersatzleistung?" Inaug.-Diss. Berlin 1885.

Neuhaus, Die Konventionalstrafe nach dem BGB. für das Deutsche Reich. Das gemeine Recht als Grundlage und zur Vergleichung. Inaug.-Diss. Elberfeld 1897.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.

Otto, „Das Recht der Schuldverhältnisse des BGB." im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. Bd. 8. Leipzig 1898.

Pergament, Konventionalstrafe und Interesse in ihrem Verhältnis zu einander. Berlin 1896.

Peters, De arrhae dationie iuris Romani. Berlin 1874.

Planck, Das BGB. 1. und 2. Aufl. Berlin 1901.

Puchta, Pandekten. 2. Ausg. Leipzig 1844.

Reichsgerichtsentscheidungen in Civilsachen. Leipzig.

Rivier, „Arrha" in Holtzendorff's Rechtslexikon.

v. Savigny, Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts. Berlin 1853.

v. Savigny, System des heutigen gemeinen Rechts. Berlin 1840—1851.

Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des BGB. Erlangen 1898.

Schleipen, Die Konventionalstrafe nach gemeinem Recht, verglichen mit der Vertragsstrafe des deutschen BGB. Inaug.-Diss. Köln 1898.

Schöntag, Über die Vertragsstrafe nach dem BGB. Inaug.-Diss. Regensburg 1898.

v. Seeler, Zur Lehre von der Konventionalstrafe. Halle 1891.

Seuffert Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. Müchen und Leipzig.

Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund. Berlin 1873.

Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht. 2. Aufl. Leipzig 1861.

Sjögren, Über die römische Konventionalstrafe und die Strafklauseln der fränkischen Urkunden. Berlin 1896.

Specka, Die Konventionalstrafe als Interesseersatz. Inaug.-Diss. Berlin 1896.

Sprenger, „Die Konventionalstrafe nach dem Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich; in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 33 No. 7. Berlin 1889.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.

Staub, Kommentar zum HGB. 6. u. 7. Aufl. Berlin 1900.

Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. 2. Aufl. Berlin 1885.

Strauß, Über die Konventionalstrafe nach der neuen Reichsgesetzgebung. Inaug.-Diss. München 1898.

Szkolny-Caro, BGB. 3. Lieferung. Berlin 1899.

Thöl, Lehrbuch des Handelsrechts. 4. Aufl. Leipzig 1878—80.

Thöl, Der Verkehr mit Staatspapieren. Göttingen 1835.

Unterholzner, Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen. Leipzig 1840.

v. Vangerow, Pandekten. 7. Aufl. Marburg 1876.

Wendt, Neurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften. Heft 2. Die Neuverträge. Erlangen 1879.

Wendt, „Rechtssatz und Dogma, Theorie und Praxis" in den Jahrbüchern für Dogmatik. Bd 22. Jena.

Wendt, „Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht" im Archiv für civilistische Praxis. Bd 92.

Windscheid, Pandekten. 7. Aufl. Leipzig 1891.

Windscheid und Kipp, Pandekten. 8 Aufl. Frankfurt a. M. 1900/1901.

Witte, Besprechungen in der „Kritischen Vierteljahrsschrift" Bd. 8 und 9. München (Tübingen und Leipzig.

Wolff, Wilh., „Über Neugeld" in seinen Abhandlungen aus dem bürgerl. Rechte Nr 7. Kassel 1840.

Wolff, Karl Wilh., Zur Lehre von der Mora. Göttingen 1841.

Disposition.

A. Einleitung:

Kap. 1. Begriff der Vertragsstrafe:

§ 1. 1. im gemeinen Recht;

§ 2. 2. im neuen Reichsrecht.

Kap. 2. Begriff und Abgrenzung des Reugeldes:

§ 3. 1. im gemeinen Recht;

§ 4. 2. im neuen Reichsrecht.

B. Hauptteil: Unterschiede der Vertragsstrafe und des Reugeldes:

Kap. 3. Unterschiede der Vertragsstrafe und des Reugeldes in betreff der Form und des Erfordernisses einer gültigen Hauptobligation:

§ 5. 1. im gemeinen Recht:

I. Vertragsstrafe,

II. Reugeld;

§ 6. 2. im neuen Reichsrecht:

I. Vertragsstrafe,

II. Reugeld.

Kap. 4. Unterschiede der Vertragsstrafe und des Reugeldes in betreff der Höhe des

Betrages und in betreff des richterlichen Ermäßigungsrechts:

§ 7. 1. im gemeinen Recht:
I. Vertragsstrafe,
II. Reugeld;

§ 8. 2. im neuen Reichsrecht:
I. Vertragsstrafe,
II. Reugeld.

Kap. 5. Unterschiede der Vertragsstrafe und des Reugeldes in betreff der Verwirkung:

§ 9. 1. im gemeinen Recht:
I. Vertragsstrafe,
II. Reugeld;

§ 10. 2. im neuen Reichsrecht:
I. Vertragsstrafe,
II. Reugeld.

Kap. 6. Unterschiede der Vertragsstrafe und des Reugeldes in betreff der Folgen der Verwirkung:

§ 11. 1. im gemeinen Recht:
I. Vertragsstrafe,
II. Reugeld;

§ 12. 2. im neuen Reichsrecht:
I. Vertragsstrafe,
II. Reugeld.

Kap. 7. Unterschiede der Vertragsstrafe und des Reugeldes in betreff der Teilbarkeit, Cessibilität und Vererblichkeit:

§ 13. 1. im gemeinen Recht:
I. Vertragsstrafe,
II. Reugeld;

§ 14. 2. im neuen Reichsrecht:
I. Vertragsstrafe,
II. Reugeld;
Kap. 8. Unterschiede der Vertragsstrafe und des Reugeldes in betreff der Beweislast:
§ 15. 1. im gemeinen Recht:
I. Vertragsstrafe,
II. Reugeld;
§ 16. 2. im neuen Reichsrecht:
I. Vertragsstrafe,
II. Reugeld.
§ 17. C. Schlußbemerkungen.

A. Einleitung.

Kap. 1. Begriff der Vertragsstrafe.[1]

§ 1. 1. Im gemeinen Recht.

Die Frage nach dem Begriffe der Vertragsstrafe ist im gemeinen Recht infolge der wenig klaren und übereinstimmenden Aussprüche der Quellen von jeher kontrovers gewesen. Schon eine Betrachtung der verschiedenen Definitionen zeigt uns dies zur Genüge. Neuenfeldt[2] teilt die über die Vertragsstrafe handelnden Autoren in drei Kategorien ein, in solche, die sie betrachten

1) vom Standpunkte der reinen Bedingung,[3]
2) vom Standpunkte der Bedingung und Prävention[4] und
3) vom Standpunkte der Ersatzleistung,[5]

1) Die Bezeichnung „Vertragsstrafe" für die bisher übliche „Konventionalstrafe" wurde zuerst in der Konkursordnung § 55 Nr. 2 benutzt und dann auch für das BGB. gewählt, nachdem der 1. Entwurf mit Rücksicht auf die allgemeine Verbreitung des Ausdruckes „Konventionalstrafe" diesen sanktionieren wollte.

2) Neuenfeldt: Ist die Konventionalstrafe ihrem Grundprinzip nach Strafe oder Ersatzleistung? S. 1 ff.

3) Wolff: Zur Lehre von der mora.

4) v. Savigny, v. Vangerow, Windscheid, Koch, Dernburg u. A. m.

5) Förster und ALR. Teil I, 5 § 292.

und zeigt nach Widerlegung des ersten und dritten Standpunktes, daß die meisten Autoren der Vertragsstrafe eine doppelte Funktion zuweisen, einmal als Bestärkungsmittel einer Hauptverbindlichkeit zu dienen und dann, das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung im voraus zu fixieren, um ihn so von dem oft schwierigen Beweise des wirklich eingetretenen Schadens zu befreien. Gerade der erste dieser beiden Punkte ist für unsere Abhandlung von besonderer Wichtigkeit. Zur Bestärkung dient die Vertragsstrafe, sie soll den Schuldner indirekt zwingen „metu poenae" den Vertrag zu erfüllen, sie giebt dem Gläubiger, als dem Berechtigten, alle Macht in die Hände und überläßt ihm regelmäßig die Wahl, ob er die Erfüllung oder die Strafe[6] verlangen will, ohne daß sich der Schuldner dagegen wehren könnte.

Im Gegensatz dazu dient — wie wir später zeigen werden — das Reugeld zur Abschwächung des Vertrages; dem Geber resp. Versprecher desselben steht es vollkommen frei, nach seinem Belieben unter Verlust des Reugeldes vom Vertrage zurückzutreten. Es ist daher nicht einzusehen, wie eine große Zahl von Autoren beide Institute teils unter der Rubrik „Verstärkte Wirkung des Vertrages"[7] resp. „Steigerung der Macht des Gläubigers",[8] teils unter

---

6) Als reine Strafe betrachten die Vertragsstrafe: Wendt, Rechtssatz und Dogma, Theorie und Praxis, Jahrb. für Dogm. XXII, S. 406 und Sjögren, Über die römische Konventionalstrafe, S. 6.

7) v. Savigny, Obligationenrecht II, S. 276; Sintenis II, S. 310; Koch, Recht der Forderungen II, S. 371; Holzschuher, Theorie und Kasuistik III S. 342; Puchta, Pand. S. 364.

8) Windscheid, Pand. II § 325.

„Konventionalstrafe“ [9] abhandeln, ja sogar das Reugeld nur als eine „Unterart der Konventionalstrafe“ [10] bezeichnen konnten. Mit Recht sagt Pergament, [11] daß es sich beim Reugelde nicht um eine Konventionalstrafe handeln könne, da ein und dasselbe Institut unmöglich zugleich zur Stärkung und zur Schwächung des Vertrages zu dienen bestimmt sein könne. „Eine Buße behufs Bekräftigung der Vereinbarung und ein Rücktrittspreis gehören entgegengesetzten Gedankenkreisen an und lassen sich, sollte man meinen, nicht unter einen Hut bringen.“

Die doppelte Funktion der Vertragsstrafe läßt sich auch aus den Quellen nachweisen. Von der ersten Funktion, der Prävention, spricht l 1 C. de receptis 2,55 . . . ob hoc invicem poena promittitur, ut metu eius a placitis non recedatur; von der zweiten, der Interessenfixierung, l. ult. D. de stip. praet. 46,5.

In eiusmodi stipulationibus, quae „quanti ea res est“ promissionem habent commodius est certam summam comprehendere, quoniam plerumque difficilis probatio est, quanti cuiusque intersit, et ad exiguam summam deducitur. [12]

9) v. Vangerow, Pand. III, § 613 u. A. m. — Besonders bemerkenswert ist hierfür die Abhandlung von Bach. „de multa poenitentiali“; es sei erlaubt, seine Worte hier zu citieren: Itaque recte laudabiliterque contrahentes faciunt, qui in ineundis contractibus violatorem fidei poena quadam constringunt, quam generatim poenam conventionalem, speciatim autem, cum contractui emtionis venditionis adiicitur, multam poenitentialem, germ. Reukauf, Reugeld Doktores nominare solent. (!) Quae quidem multa poenitentiae, poena est conventionalis (!), ad coërcendum eum, qui emtioni praetextu poenitentiae non satisfacit.“ Einer Kritik bedarf es nicht, diese Worte sprechen für sich selbst!

10) Arndts, Pand. § 211.

11) Pergament, Konventionalstrafe und Interesse, S. 91.

12) Ferner § 7 J. de verborum obligatione 3,15; l. 137 § 7 D. de verb. obl. 45,1.

Also ein Hauptgrund für diese Funktion ist die Schwierigkeit des Interessenbeweises. Daß aber, falls dem Gläubiger der Nachweis eines höheren Interesses gelingt, die versprochene Summe nur das Minimum ausmacht, und einer Nachforderung des Plus regelmäßig nichts im Wege steht, werden wir weiter unten sehen.[13] Hier soll noch darauf hingewiesen werden, daß die Strafe auch gefordert werden kann, wenn dem Gläubiger aus der Nichterfüllung nachweislich kein Schade erwachsen ist, wie folgt aus l. 38 § 17 D. de verborum obligationibus 45,1: . . . . poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas quaeque condicio stipulationis. Zu entscheiden, welche von beiden Funktionen im konkreten Fall die überwiegende gewesen ist, bleibt Sache der Willensinterpretation.

Eine sehr umstrittene Frage ist die, ob die Strafberedung im gemeinen Recht eine Hauptobligation voraussetze oder nicht, d. h. ob eine Vertragsstrafe für den Fall eines Thuns oder Unterlassens festgesetzt werden könne, auch wenn zu dem Thun oder Unterlassen eine Verbindlichkeit nicht besteht.

Für die Zulässigkeit des „selbstständigen Strafvertrags" spricht sich zunächst v. Savigny[14] aus, indem er folgende Definition aufstellt:

„Konventionalstrafe heißt ein bedingtes Versprechen, etwas zu geben, wenn dabei die Absicht zu Grunde liegt,

13) l. 41; l 42; D. pro socio 17,2; l. 10 § 1 D. de pactis 2,14; l. 14 C. de pactis 2,3.

14) Obligationenrecht II § 80 S. 272.

auf das Gegenteil der ausgedrückten Bedingung hinzuwirken."[15] Im weiteren führt er aus, daß schon in den Quellen Beispiele der Art zu finden seien, daß ein bedingtes Versprechen der einzige Gegenstand des Strafvertrages sein solle, wobei die Strafe allein in der Obligation enthalten sei, und die Handlung, auf welche es eigentlich abgesehen sei, bloß eine Bedingung bilde und bloß Mittel zur Abwendung der Strafe sei.[16] Als solche Beispiele sind genannt: l. 44 § 5 D. de obligationibus et actionibus 44,7: Si ita stipulatus sim: „si fundum non dederis, centum dare spondes?" sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus.[17]

Ähnlich sprechen sich für einen selbständigen Strafvertrag aus Wolff[18], Arndts[19], Neuhaus.[20] Von den Gegnern, welche eine Hauptverpflichtung für erforderlich halten, ist zunächst Sprenger[21] zu nennen. Dieser beruft sich auf l. 7 D. de serv. export 18,7:

Servus ea lege veniit, ne in Italia esset: quod si aliter factum esset, convenit citra stipulationem, ut poenam praestaret emtor. vix est, ut eo nomine vindictae ratione venditor agere possit, acturus utiliter, si non servata lege in poenam quam alii promisit inciderit. huic consequens erit, ut hactenus

15) Ebenso Bähr, Kritische Vierteljahrsschrift Bd. 28 S. 578.
16) a. a. O. S. 273.
17) Ferner l. 68 D. de v. o. 45,1; l. 115 § 2 D. eod.
18) Lehre von der mora.
19) Arndts, a. a. O. § 211 d.
20) Die Konventionalstrafe S. 11 f.; ebenso Neuenfeldt a. a. O. S. 3.
21) Die Konventionalstrafe nach dem Entwurf eines BGB. für das deutsche Reich, in Gruchots Beiträgen Bd. 33 S. 641 f.

agere possit, quatenus alii praestare cogitur: quid quid enim excedit, poena, non rei persecutio est quodsi, ne poenae causa exportaretur, convenit, etiam affectionis ratione recte agetur. nec videntur haec inter se contraria esse, cum beneficio adfici hominem intersit hominis: enimvero poenae non irrogatae indignatio solam duritiam continet.

Dieselbe Ansicht vertreten u. A. Windscheid,[22] Dernburg,[23] v. Seeler,[24] Lübbe.[25] Diesen schließe auch ich mich an. Daß Versprechen vorkommen, durch welche jemand sich einfach für den Fall eines Thuns oder Unterlassens zu einer Leistung anheischig macht, ohne das Thun oder Lassen selbst zu versprechen, kann nicht geleugnet werden. „Diese sind aber keine Strafversprechen mehr und müssen lediglich nach den Grundsätzen von den bedingten Verträgen beurteilt werden, da es solchen Falls an einem Anhalt fehlt, um den Versprechenden für verbindlich zu erklären, wenn er nicht sofort diejenige Handlung vornimmt, deren Unterlassung die Bedingung seines Versprechens bildet; oder für nicht verbindlich, wenn ihm die Vornahme der Handlung ohne seine Schuld unmöglich geworden.“[26]

§ 2. 2. im neuen Reichsrecht.

Wie wir gezeigt haben, bezweckte die Konventionalstrafe im gemeinen Recht sowohl die Sicherung für die

22) Pandekten II, § 286.
23) Pandekten II, § 46.
24) Die Lehre von der Konventionalstrafe, S. 7 ff.
25) Die Vertragsstrafe, S. 17.
26) Windscheid a. a. O. § 286,3.

Erfüllung einer Verbindlichkeit, als auch die Fixierung und Sicherung des Interesses. In den neueren Kodifikationen dagegen tritt der erste Grund gegenüber dem zweiten immer mehr zurück. Schon das allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten bringt diese Tendenz zum Ausdruck in Teil I, 5, § 292, wo es heißt: „Das Interesse, welches ein Kontrahent dem anderen bei nicht gehörig geleisteter Erfüllung des Vertrages zu vergüten hat, kann durch Verabredung einer Strafe im Voraus bestimmt werden."

Koch[1] meint nun zwar, man dürfe in diesem Paragraphen keine Definition erblicken; es sei dort nur ein Zweck, aber nicht der einzige angegeben. Derselben Ansicht sind Dernburg,[2] Gruchot[3] und Pergament,[4] während nach der Auffassung von Förster[5] die Konventionalstrafe lediglich das Interesse vertritt und den einzigen Zweck hat, den durch Nichterfüllung oder Verletzung einer obligatorischen Pflicht dem Berechtigten zugefügten Vermögensnachteil auszugleichen.

Das „Allgemeine Deutsche HGB." behandelt die Konventionalstrafe in Art. 284, schließt sich wieder mehr an das römische Recht an und leitet so über zum „BGB.", welches im großen und ganzen die Bestimmungen des Art. 284 übernommen hat. Der Sitz unserer Materie im BGB. ist der 4. Titel des II. Abschnittes „Schuldverhältnisse aus Verträgen" und zwar die §§ 339—345.

1) a. a. O. II § 114, S. 376 Anm. 1.
2) Preuß. Privatrecht II, S. 99.
3) Beiträge Bd. II, S. 133 ff.
4) a. a. O. S. 48.
5) Preuß. Privatrecht I, S. 725. Ebenso Dernburg, Bürgerl. Recht, a. a. O. S. 219.

Auch das BGB. giebt keine ausdrückliche Definition der Vertragsstrafe, doch läßt sich eine solche leicht aus dem Texte selbst entnehmen. Diese würde etwa lauten: „Vertragsstrafe ist eine Leistung — in Geld oder sonstwie —, die ein Schuldner seinem Gläubiger für den Fall der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung seiner Verbindlichkeit, die in einem Thun oder Unterlassen bestehen kann, bei oder nach Begründung dieser Verbindlichkeit verspricht,[6] und welche einerseits als Zwangsmittel gegen den Schuldner und anderseits zur Erleichterung und Sicherung der Interesseforderung des Gläubigers dient."

Daß diese beiden Funktionen der Vertragsstrafe innewohnen sollen, heben die Motive[7] ausdrücklich hervor, ebenso, daß „eine Vertragsstrafe nicht nur bei Schließung eines Vertrages, sondern auch nach bereits begründetem Forderungsrechte vereinbart werden" könne.

Ein Forderungsrecht also setzt die Vertragsstrafe voraus; ihre Natur ist demnach eine accessorische, wie auch schon die Motive zu § 424 deutlich aussprechen mit den Worten: „Die materiell accessorische Natur der Konventionalstrafe tritt darin hervor, daß sie eine giltige Hauptverbindlichkeit voraussetzt."

Auch ohne diese Begründung müßte man die accessorische Natur der Vertragsstrafe aus den eigenen Worten des Gesetzes folgern. Hier heißt es in § 339: „Verspricht der Schuldner dem Gläubiger für den Fall,

6) Ähnlich Düringer u. Hachenburg, das Handelsgesetzbuch II. S. 234.

7) Bd. II. S. 275. Deus, die Vertragsstrafe S. 5 und S. 29 behauptet, daß die Vertragsstrafe des BGB. eine Straffunktion nicht enthalte.

daß er seine Verbindlichkeit . . . . . nicht erfüllt . . . ." Ja, wenn das Gesetz von „Gläubiger," „Schuldner" und „Verbindlichkeit" spricht, so folgt doch ganz klar, daß es als Grundlage einer Vertragsstrafe eben einzig und allein eine Verbindlichkeit fordert. Und doch! Erwähnt nicht auch § 343 Abs. 2 die Möglichkeit, daß jemand eine Strafe für den Fall verspricht, daß er eine Handlung vornimmt oder unterläßt, und wendet auf diese die Regeln von der Vertragsstrafe an, so daß man hier von einem selbständigen Strafvertrage sprechen könnte? Es möchte allerdings so scheinen und ist auch schon behauptet worden.[8] Ich kann nicht einsehen, woraus man dies folgern wollte. Der § 343 Abs. 2 sagt doch nur, daß das Ermäßigungsrecht auch gelten solle, wenn jemand eine Strafe für den Fall verspricht, daß er eine Handlung vornimmt oder unterläßt, und es geht doch nicht an, diese Ausnahmebestimmung so zu interpretieren, als wolle das BGB. auch selbständige Strafversprechen sanktionieren. Hätte diese Absicht thatsächlich vorgelegen, so wäre es doch das Richtigste gewesen, wenn das BGB. am Schlusse der Normen über die Vertragsstrafe gesagt hätte: „Die Vorschriften über die Vertragsstrafe finden auch Anwendung, wenn jemand eine Strafe für den Fall verspricht, daß er eine Handlung vornimmt oder unterläßt." Wir haben es daher hier — ebenso wie im gemeinen Recht — nur mit einem „bedingten Versprechen"[9] zu thun, für

8) Cosack, Bürgerl. Recht I, S. 330; Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht, im Archiv f. civ. Praxis Bd. 92 S. 115 f.

9) Dernburg, Bürgerl. Recht a. a. O. nennt es ein „strafähnliches Versprechen".

welches ausnahmsweise die Bestimmungen über das Ermäßigungsrecht gelten sollen.[10] Den Grund dieser Sonderbestimmung nennt uns die Denkschrift zum BGB. zu § 343 Abs. 2 (S. 51):

„Da Voraussetzung der Vertragsstrafe im Sinne des Entwurfs das Bestehen einer anderweitigen Verbindlichkeit ist, deren Erfüllung gesichert werden soll, so hat der Entwurf, um einer Umgehung der Vorschriften über die Ermäßigung der Strafe entgegenzutreten, im § 343 Abs. 2 BGB. noch die Bestimmung aufgenommen, daß jene Vorschriften auch Anwendung finden, wenn jemand ohne Rücksicht auf eine bestehende Verbindlichkeit eine Strafe für den Fall verspricht, daß er eine Handlung vornimmt oder unterläßt."

Es ist übrigens nicht erforderlich, daß die Vertragsstrafe unbedingt dem Gläubiger der gesicherten Verbindlichkeit zukommt. Sie kann auch für einen Dritten bestimmt werden, ohne daß aber dadurch im Zweifel dem Dritten ein selbständiges Klagerecht auf die Strafe gegeben wird.[11] Jedenfalls muß aber immer eine von der Verbindlichkeit des Schuldners verschiedene Leistung versprochen sein, da sonst keine Strafe vorliegt, und zwar muß sie nur für den Fall versprochen sein, daß der Schuldner nicht, oder nicht in gehöriger Weise erfüllt.[12]

Den für das gemeine Recht gerügten Fehler der Pandektisten, daß sie die Vertragsstrafe nicht strenge genug vom Reugelde trennen, vermeidet das BGB.,

10) Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 238 Nr. f.
11) Dernburg, Bürgerl. Recht, a. a. O. 221.
12) Vgl. Düringer-Hachenburg, a. a. O. S. 238 ff.

indem es das Reugeld unter den Lehren vom Rücktritt behandelt, welche im Anschluß an die Vertragsstrafe im 5. Titel auseinandergesetzt werden.

Eine Bezugnahme auf das Reugeld findet sich dann noch bei der Draufgabe § 336 Abs. 2 in der Bemerkung: „Die Draufgabe gilt im Zweifel nicht als Reugeld."

Im HGB. findet sich weder eine Definition noch überhaupt eine Begriffsbestimmung der Vertragsstrafe. Diese wird als bekannt vorausgesetzt, und es wird an den betreffenden Stellen einfach auf das BGB. verwiesen.

Kap. 2. Begriff und Abgrenzung des Reugeldes.

§ 3. 1. Im gemeinen Recht.

Wir wenden uns nunmehr der Lehre vom Reugelde zu. Eine Definition von Reugeld habe ich nur bei Sprenger[1] gefunden, der sie folgendermaßen formuliert: „Das Reugeld ist die Abrede, wonach der Obligationsschuldner die Wahl haben soll, ob er seine Verbindlichkeit erfüllen oder mittels Erlegung einer anderen Leistung, des s. g. Reugeldes, von seiner Verpflichtung frei zurücktreten wolle." An dieser Definition dürfte auszusetzen sein, daß „Reugeld" doch keine „Abrede" sein kann, und dann halte ich sie überhaupt nicht für umfassend genug. Ich würde ‚Reugeld' so definieren: Reugeld ist ein vermögenswertes Objekt, welches bei oder nach dem

1) Gruchots Beiträge, a. a. O. S. 684.

Abschlusse eines Vertrages von einem Kontrahenten dem anderen versprochen oder hingegeben wird, um dadurch das Recht zu erlangen, unter Zahlung des Versprochenen oder Preisgabe des Hingegebenen vom Vertrage zurückzutreten.

Zunächst möchte ich auf den Fall zu sprechen kommen, daß das Reugeld gleich beim Vertragsabschlusse gezahlt wird, und mich dagegen verwahren, als wollte ich darunter auch die Vereinbarung inbegriffen sehen, daß jemand sich gegen eine Geldleistung beliebigen Rücktritt vom Vertrage vorbehält, sich — so zu sagen — gleichsam das Recht zum Rücktritt erkauft, und demnach dieser Kaufpreis auf jeden Fall verloren ist, selbst wenn er von seinem Rechte keinen Gebrauch macht.[2] Diese Vereinbarung hat m. E. mit einem Reugelde nichts zu thun.[3] Ich rechne hierher einzig und allein den Fall, daß jemand ein Vermögensobjekt beim Vertragsschlusse hingiebt mit der Bestimmung, daß dieses nur dann verfallen sein solle, wenn er von seinem vereinbarten Rechte des Rücktritts Gebrauch mache; wenn er aber beim Vertrage bliebe, solle er sein Reugeld zurückerhalten. Es ist dies also eine Prämie allein für den gewählten und vollzogenen Rücktritt, nicht für das Recht zum Rücktritt, demnach der Fall der früher s. g. mulcta poenitentialis. Dieses sofort gezahlte Reugeld geht in das Eigentum des Empfängers über und kann, wenn das Geschäft bestehen bleibt, nicht etwa mit der

2) Thöl, Handelsrecht § 288 nennt die Hingabe einer Leistung für das „Recht zum Rücktritt" eine arrha poenitentialis.

3) Wendt, die Reuverträge, will auch diesen Fall als Reugeld gelten lassen.

rei vindicatio, sondern allein mit der condictio ob causam finitam zurückgefordert werden.

Nachdem dies festgestellt ist, muß ich mich wieder gegen eine große Zahl von Pandektisten und auch gegen andere Autoren über das Reurecht wenden. Diese behandeln entweder das Reugeld überhaupt nicht besonders,[4] oder wenn sie es thun, so kennen sie nur den zweiten Fall,[5] d. i., daß das Reugeld gleich beim Vertragsabschlusse gegeben wird, und für diesen Fall führen sie im buntesten Durcheinander die Bezeichnungen: arrha poenitentialis,[6] multa poenitentialis[7] und multa liberatoria[8] und wenden diese auch ohne Unterschied nebeneinander und neben Wandelpön[9] und Reugeld

4) Arndts u. A. m.

5) v. Savigny, Holzschuher, Unterholzner, Koch, Dernburg, Pand. u. A. m.

6) Puchta, a. a. O. S. 364; Holzschuher, a. a. O. III. S 343. Dernburg, Pand. II, S 33; Lauterbach a. a. O § 105; Thöl, der Verkehr mit Staatspapieren S. 208 ff.; Jagemann, die Draufgabe § 31 S. 137; Windscheid a. a. O. II, § 325; Siegel, das Versprechen als Verpflichtungsgrund S. 28; Bach, ‚Opuscula' X § 1 S. 386 u. A. m. Dieser wirft die Begriffe poena conventionalis, muleta poenitentialis und arrha derartig zusammen, als ob die drei Institute ein und dasselbe wären: Stellen, welche von der poenae stipulatio reden, werden neben solchen, die von der arrha handeln, citiert.

7) Glück XVIII, § 982; Gruchot Bd. II, S. 155; Koch a. a. O. II, S. 371; Unterholzner II, S. 248 u. A. m.; Strauß, a. a. O. S. 27 Anm. 3 nennt die Wandelpön sogar muleta poenalis!

8) Klein, Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft § 197 S. 103.

9) Windscheid a. a. O. II, § 285 sagt: . . . „Es ist in der That ein Reugeld. Nichtsdestoweniger spricht man hier wohl von einer Wandelpön (muleta poenitentialis)." Ebenso Schleipen, die Konventionalstrafe, S. 62. Wenn diese Stelle nicht sinnlos sein soll, so kann man darunter nur verstehen, daß Windscheid Anstoß daran nimmt, daß man das Reugeld auch Wandelpön nennt, obwohl doch von einer Strafe nicht die Rede sein kann.

an. Auf den Fall, daß daß Reugeld nur versprochen wird, gehen die wenigsten ein und dann auch nur mit der Bemerkung: „Das Versprechen einer Konventionalstrafe gilt im Zweifel nicht als Versprechen eines Reugelds." Erst seit das preußische ALR.[10] beide Formen des Reugeldes unter dem Namen Wandelpön kodifiziert hat, finden sich bei den über das Landrecht handelnden Autoren[11] Besprechungen des ganzen Instituts. In neuerer Zeit aber erst ist durch die eingehende Arbeit von Wendt[12] Klarheit über das Reugeld des gemeinen Rechts geschaffen worden.

Als besonderes Rechtsgeschäft mit technischer Bedeutung[13] (als Rechtsinstitut) existiert das Reugeld im römischen Rechte nicht, sondern es hat sich als solches erst später ausgebildet und ist in die jetzt zum Belege desselben angeführten Quellenstellen (l. 28 und l. 47 D. 19,1) hineininterpretiert worden.[14] Und es fanden sich auch Institute vor, welche geeignet gewesen wären, dem Reugeldvertrage zur Grundlage zu dienen; denn das kann man doch wohl nicht bezweifeln, daß wenigstens in der Kaiserzeit schon der Verkehr das Bedürfnis hatte nach der Möglichkeit, einen Vertrag durch Zahlung einer Abstandssumme wieder aufzulösen, wenn auch die Quellen derartiges nicht enthalten. Die von Wolff

10) Teil I, 5, §§ 212 ff. und §§ 312 ff.

11) z. B. Dernburg, Pr. Privatr. II, § 42; Förster a. a. O. I, § 107; Koch a. a. O. II, § 113II.

12) Reugeld und Gebundenheit. Hft. 2: die Reuverträge.

13) Wolff, Abhandlungen aus dem bürgerlichen Rechte, VII: Über Reugeld, S. 47.

14) So auch Hesdörffer, de arrha, S. 24: . . . confirmatoriam arrham cum arrha poenitentiali permutent, cui in iure Romano locus nullus est. Arrha, quae ad debilitandum vinculum obligatorium datur, recensiore demum tempore in ius hodiernum receptum est.

a. a. O. angezogenen Stellen l. 8 D. 18,3 und l. 1 C. 4,54 handeln nicht vom Reugelde, sondern von einer Anzahlung resp. arrha, welche verloren gehen sollten, wenn an einem bestimmten Tage nicht der Rest der Kaufsumme bezahlt würde. Es soll also nicht der Käufer die Wahl haben, zurückzutreten, sondern er soll als Strafe die Anzahlung resp. arrha verlieren, wenn er nicht den Vertrag erfüllt. Die l. 1 C. 4,54 lautet:

Si ea lege praedium vendidisti, ut, nisi intra certum tempus pretium fuisset exsolutum, emtrix arras perderet et dominium ad te pertineret, fides contractus servanda est.

Die Institute, welche meines Erachtens die Abmachung eines Reugeldes hätten zulassen können, waren die arrha, der Rücktritt und die Konventionalstrafe Von diesen möchte ich jedoch allein den Rücktritt gelten lassen; denn zunächst sind arrha und Konventionalstrafe unzweifelhaft Bestärkungmittel des Vertrages, während das Reugeld, wie wir noch sehen werden, zur Abschwächung des Vertrages dient, dann kann aber doch m. E. mit der Reugeldverabredung beim Rücktritt genau das erreicht werden, was diese bei den anderen beiden Instituten bezweckt haben würde Wenn ich die Zahlung eines Reugeldes nur *verspreche* für den Fall des Rücktritts, so ist das eben so gut, als wenn mein Kontrahent zu mir sagt: „Solltest Du mir den Vertrag nicht halten, so sollst Du mir eine Konventionalstrafe zahlen; es soll Dir aber vollkommen frei stehen, zurückzutreten, jedenfalls will ich für diesen Fall nur die Konventionalstrafe verlangen dürfen". Denn auch so würden ja die Regeln der Konventionalstrafe nicht Platz greifen. Ebenso verhält es sich, wenn das Reugeld gleich

baar bezahlt wird und im Falle des Rücktritts verfallen soll. Ob wir diese sofortige Zahlung arrha nennen wollen oder nicht, bleibt uns vollkommen überlassen. Die Grundsätze der arrha[15] finden jedenfalls, wenigstens in ihrer Gesamtheit, keine Anwendung auf diesen Fall. Anderseits werden natürlich die Sätze über die arrha, die dem Begriffe eines Reugeldes nicht widersprechen, analog auf das Reugeld ausgedehnt werden können[16]. Daran kann uns auch der § 336 Abs. 2 BGB. nicht irre machen. Wenn dieser sagt: „Die Draufgabe gilt im Zweifel nicht als Reugeld", so heißt dies doch nur: die Parteien können das, was sie bei Abschluß eines Vertrages hingeben, auch als Reugeld ansehen, und nicht darf man diesen Satz so umkehren: Wenn die Parteien etwas als

15) Die Bezeichnung arrha poenitentialis beweist nichts gegen unsere Ausführung; diese ist in den Quellen nirgends zu finden und erst später von der Wissenschaft geprägt worden. Wenn die Etymologie von arra richtig wäre, welche Hesdörffer, de arra, S. 8, als die des Isidorus bezeichnet: Dicitur arra a re, pro qua datur — ich würde dann schon lieber gesagt haben „quae datur", da doch das „Hingegebene" arra heißt — so stände allerdings dem nichts im Wege, auch ein sogleich beim Vertragsabschluß gegebenes Reugeld mit arra zu bezeichnen. Gegen die Zufügung „poenitentialis" läßt sich nichts einwenden, da es ja nicht von „poena", sondern von „poenitere" stammt, welches unserm deutschen „reuen" genau entspricht.

16) Es sei gestattet, hier einen Satz wiederzugeben, der im großen und ganzen mit meiner Ansicht übereinstimmt. Wir finden ihn bei Kronecker, Quaestiones quaedam de natura arrhae S. 23:

Sed hoc pactum, quod a recentioris aetatis scriptoribus appellatur aut arrha poenitentialis, aut multa poenitentialis, neque arrha est, neque multa — non arrha, quia eius vim aliam esse ostendimus, non multa, quia ita non appellari potest constitutio, qua ei, cui accidit, fortasse non damnum, fortasse lucrum paratur — sed nihil aliud est nisi species obligationis alternativae (?), qua reo potestas datur aut contractum implendi aut arrham praestandi vel praestitam non repetendi.

Reugeld beim Vertragsabschluß hingeben, so finden auf dieses alle Regeln von der Draufgabe Platz.

Es bleibt demnach nur der Rücktritt übrig, der für das Reugeld in Betracht kommt.

Dieser kann in drei Haupttypen auftreten: als pactum displicentiae zu Gunsten beider Parteien, und als in diem addictio und lex commissoria zu Gunsten des Verkäufers. Bei den beiden letzteren halte ich aus praktischen Gründen das Vorkommen eines Reugeldes für ausgeschlossen, obwohl es begrifflich möglich wäre. Denn wenn der Verkäufer bei der in diem addictio für. seinen Rücktritt noch ein Reugeld zahlen sollte, so müßte das neue Gebot schon beträchtlich höher sein, um ihm diesen Verlust mit einzubringen, da es doch schon an und für sich höher sein muß als das erste; und wenn er bei der lex commissoria ein Reugeld zahlen wollte, so wäre er gleichsam doppelt gestraft, indem er doch einmal den Nachteil hat, daß das Geschäft, ohne daß es vielleicht gerade in dem Augenblicke sein ausdrücklicher Wille ist, wieder rückgängig wird, und er dann noch sein Reugeld verliert. So wäre denn das pactum displicentiae das einzige, welches weder aus praktischen noch aus begrifflichen Gründen der Anwendung eines Reugeldvertrages entgegensteht.

Das pactum displicentiae ist die Abmachung, daß entweder der eine oder beide Kontrahenten nach ihrem freien Belieben vom Vertrage zurücktreten können.[17] Der Schwerpunkt der Unterscheidung des pactum displicentiae vom Kauf auf Probe (oder Besicht) liegt darin, daß beim

17) Ähnlich Sintenis, Civilrecht II, S. 323.

ersteren das Geschäft mit dem Vertragsabschlusse vollzogen ist und durch die Rücktrittserklärung mit resolvierender Kraft wieder rückgängig gemacht wird, während beim Kauf auf Probe das Geschäft erst mit der Billigung perfekt wird und vorher nur als ein suspensiv bedingtes besteht. Ja, kann man fragen, wenn mir schon so gegebenen Falls ohne weiteres der Rücktritt frei steht, warum soll ich denn da noch eine Abfindungssumme an meinen Kontrahenten zahlen? Dieser wird sich nur in den wenigsten Fällen bereit finden, das Risiko und die Ungewißheit auf sich zu nehmen, ob ich nun wirklich zurücktrete oder beim Vertrage stehen bleibe, und wird daher einen Ersatz verlangen für den Fall, daß ich von meinem Rücktrittsrechte Gebrauch mache.

Bei der Reugeldvereinbarung liegen also eigentlich zwei Abmachungen vor:[18] einmal die Verabredung, daß der eine oder andere Kontrahent von dem abgeschlossenen Geschäfte willkürlich zurücktreten könne, und sodann die Verabredung, daß derjenige Kontrahent, der von dem Reurechte Gebrauch mache, zur Schadloshaltung des anderen eine bestimmte Summe zahlen solle. „In der ersten Richtung", meint Gruchot weiter, „enthalte jener Nebenvertrag eine an den Hauptvertrag geknüpfte Resolutivbedingung und sei mithin ganz nach den Grundsätzen über Resolutivbedingungen zu beurteilen,[19] in der letzten Richtung habe er dagegen allerdings die Natur eines Strafvertrages, und es sei daher das Reugeld als eine wirkliche Konventionalstrafe aufzufassen." Dieses

18) Gruchot, Bd. II S. 156; Heimbach in Weiske's Rechtslexikon.

19) Auf diese Begründung wird weiter unten näher einzugehen sein.

Letztere zunächst kann ich nicht gelten lassen; gerade darin erblicke ich einen Unterschied zwischen Reugeld und Konventionalstrafe, daß diese eine wahre Strafe[20] ist, die der Gläubiger zu fordern berechtigt ist, während bei jenem der Gläubiger keinen klagbaren Anspruch auf das Reugeld hat und dieses nur dazu dient, dem Gläubiger ein Äquivalent zu sein für das auf Wunsch des Schuldners unausgeführt gebliebene Geschäft. — Und damit komme ich wieder darauf zurück, daß der Reugeldvertrag im Gegensatze zum Strafvertrag zur Abschwächung des Hauptvertrages dient. Denn wenn aus einem Vertrage der Schuldner alle Macht und allen Vorteil hat, so kann man doch unmöglich von einer Bestärkung sprechen. Und hier steht es doch in der Wahl und in dem Belieben des Verpflichteten, den Vertrag zu erfüllen oder die Strafe zu erlegen, ihm ist also eine facultas alternativa zugesichert, und auf seinen Vorteil, nicht — wie bei der Vertragsstrafe — auf den des Gläubigers, ist das Reugeld berechnet; allerdings ist es für den Gläubiger immerhin eine Beruhigung, daß ihm eins von beiden sicher ist, entweder die Erfüllung oder als Surrogat derselben das Reugeld.

Daß die Wandelpön gerade in Geld besteht, ist nicht erforderlich, auch jede andere Leistung[21] kann als Reugeld gegeben werden. Für die Konventionalstrafe wurde im gemeinen Recht eine solche Verallgemeinerung

---

20) Natürlich nur neben ihrer Funktion als Interessefixierung, wie oben gezeigt ist.

21) In Rom war neben der Geldleistung das Gewöhnlichste die Leistung eines anulus. So Hesdörffer, De arrha S. 17.

für unzulässig erklärt von Heimbach[22] und Sjögren.[23] Für das BGB. folgt die Zulässigkeit jeder Leistung als Reugeld aus § 359 in Verbindung mit § 336 und als Vertragsstrafe aus § 342.

Wir wenden uns nun der Frage zu, ob zur Begründung eines Reugeldvertrages immer eine Hauptverbindlichkeit nötig ist, oder ob etwa ein selbständiger Reuvertrag möglich ist. Das letztere dürfte wohl niemals behauptet sein. Der Reuvertrag ist eben, um mit Wendt[24] zu reden, „seinem Inhalte nach stets ein s. g. pactum adiectum, ein materiell unselbständiger Nebenvertrag, der nur auf die Vollziehung und den Fortbestand eines Hauptvertrages gerichtet ist, pars et sequela desselben in jeder Beziehung." Ein Reuvertrag allein würde nicht verpflichten und keine Klage erzeugen ad dandum vel faciendum vel praestandum aliquid, was doch das Kennzeichen des Forderungsrechts sein müßte. Die Grundlage des Reuvertrages können, wie aus den Quellen[25] ersichtlich, nicht nur obligatorische, sondern auch dingliche Verträge sein. Meist ist in den Quellen der Reuvertrag beim Kauf angeführt, und auch

22) Konventionalstrafe in Weiske's Rechtslexikon Bd. 3 S. 59

23) a. a. O. § 1 S. 7. — Für die Zulässigkeit jeder Leistung sprechen sich dagegen aus: Glück, a. a. O. IV, § 340; v. Savigny, a. a. O. S. 272 § 80; Neuenfeldt, a. a. O. § 25 S. 39; v. Rettelbladt a. a. O. § 4; Pergament, a. a. O. § 9 S. 47; Manns, a. a. O. S. 67; Schleipen a. a. O. S. 24 u. A. m. Natürlich müssen auch Ausnahmen vorhanden sein, wenn wir von „jeder Leistung sprechen; so sagt Lauterbach a. a. O. § 22: ad mortem vero vel aliam poenam corporalem nemo sese sua conventione obligare potest.

24) Die Reuverträge S. 19.

25) l. 54 § 1 D. locati 19,2; l. 3 D. 18,1; l. 6 D. 18,5; l. 31 § 22 D. 21,1 u. A. m.

hier nur zu Gunsten des Käufers, z. B. l. 3 D. 18,1: Si res ita distracta sit, ut „si displicuisset" inemta esset, constat non esse sub condicione distractam sed resolvi emtionem sub condicione, doch hindert nichts diese Bestimmung auch auf den Verkäufer und auf andere Verträge auszudehnen.

Es soll hier noch kurz auf die Hauptstreitfrage über das Wesen des Reugeldvertrages aufmerksam gemacht werden.

Es stehen sich hauptsächlich zwei Ansichten gegenüber: Die eine[26] erklärt das Geschäft mit pactum displicentiae für ein unter einer Resolutivbedingung geschlossenes und wendet deren Regeln auf diesen Vertrag an, die andere[27] sieht in diesem nur einen Kauf mit resolutivem Vorbehalt.

Der Hauptstreit ist der, ob die Rücktrittserklärung mit dinglicher Wirkung und ipso iure den Vertrag wieder auflöst, oder ob sie nur obligatorische und bezw. redhibitorische Wirkungen zeitigt.

Ich schließe mich der zweiten Meinung an und spreche dem Rücktritt nur eine obligatorische Wirkung zu. Damit soll allerdings die dingliche Wirkung nicht a priori bestritten und als unmöglich dargestellt werden, sondern es soll nur soviel behauptet werden, daß sie nach dem System des römischen Rechts nicht selbstverständlich ist; es giebt keine allgemeine Regel, welche die auf Sachen bezüglichen Verträge mit unmittelbarer dinglicher Wirkung ausstattet. Aber damit ist nicht gesagt, daß diese Wirkung

26) v. Vangerow III, § 635 S. 435; Windscheid II, § 387 Anm. 8; Goldschmidt in seiner Zeitschrift Bd. I S 112; Holzschuher III, S. 833 zu 7); Sintenis II, S. 324; Heimbach a. a. O.

27) Besonders Wendt, die Reuverträge § 4 und Bechmann, die Lehre vom Kauf II § 258. Ähnlich Dernburg, das Pfandrecht Bd. I S. 215 ff.

in spezieller Anwendung unmöglich ist. Soweit diese Streitpunkte für unsere Unterscheidung von Wichtigkeit sind, wird später noch darauf zurückzukommen sein; an dieser Stelle kann ich nur in betreff der Begründung dieses Standpunktes auf die genannten Werke von Wendt und Bechmann verweisen, ein näheres Eingehen darauf würde uns hier zu weit führen.[28]

§ 4. 2. Im neuen Reichsrecht.

Die Bestimmungen des ALR. über die Wandelpön[1] sind im großen und ganzen durch die Bestimmungen des AHGB. und des BGB. aufrecht erhalten worden. Das BGB. handelt vom Reugeld im § 359 unter der Lehre vom Rücktritt im 5. Titel des II. Abschnitts vom Recht der Schuldverhältnisse (§§ 346—361), in welchem das Gesetz den vertragsmäßigen Rücktritt allgemein in dem Sinne regelt,[2] daß seine Bestimmungen nicht bloß für das einfache pactum displicentiae, sondern auch für die lex commissoria und die in diem addictio gelten.

Der § 359 BGB. lautet:

„Ist der Rücktritt gegen Zahlung eines Reugeldes vorbehalten, so ist der Rücktritt unwirksam, wenn das Reugeld nicht vor oder bei der Erklärung entrichtet wird, und der andere Teil aus diesem Grunde die Erklärungen unverzüglich zurückweist. Die Erklärung

28) Siehe auch die Einteilung der Reugeldverträge unten S. 86.

1) §§ 212 ff. und §§ 312 ff.

2) Motive zu § 426.

ist jedoch wirksam, wenn das Reugeld unverzüglich nach der Zurückweisung entrichtet wird."[3]

Diese Fassung ist eine sehr unglückliche und kann leicht zu Irrtümern Veranlassung geben. Denn es kann doch sehr fraglich sein, wohin „gegen Zahlung eines Reugeldes" gehören soll. Nehmen wir es zu „Rücktritt", so heißt dies: ich behalte mir den Rücktritt vor und verspreche, wenn ich wirklich zurücktrete, ein Reugeld zu zahlen; nehmen wir es aber zu „vorbehalten", so heißt dies: ich zahle jetzt ein Reugeld und behalte mir vor, eventuell gegen Verlust desselben zurückzutreten. Auch der weitere Satz: „wenn das Reugeld nicht vor oder bei der Erklärung entrichtet wird," macht den Sinn nicht klarer; denn das „vor" würde zu dem zweiten, das „bei" zum ersten Falle passen. Da nun aber das BGB. doch die beiden von uns oben dargelegten Möglichkeiten des Reugeldes enthalten muß und es des Falles, daß das Reugeld gleich beim Vertragsabschlusse bezahlt wird, schon in § 336 Abs. 2[4] Erwähnung thut, so ist anzunehmen, daß der § 359 nur von dem Versprechen eines Reugeldes handelt und nur analog auf den andern Fall auszudehnen ist. Vielleicht hätte das Gesetz auch, wenn es den „Vorbehalt unter Zahlung eines Reugeldes" gemeint hätte, gesagt: „Ist der Rücktritt vorbehalten gegen Zahlung eines Reugeldes."[5]

3) Der § 435 des I. Entwurfs enthielt noch den ferneren Satz: „Der Berechtigte ist jedoch, auch wenn er den Rücktritt ohne Leistung des Reugeldes erklärt, seinerseits an diese Erklärung gebunden."

4) „Die Draufgabe gilt im Zweifel nicht als Reugeld."

5) In den Motiven, den Kommentaren und Lehrbüchern ist über unsere Frage nichts zu finden; diese erklären einfach, daß § 359 auch auf den Fall der s. g. arrha poenitentialis Anwendung finde. Aus dem Wortlaute ergiebt sich aber eine solche Auslegung nicht unmittelbar.

In betreff der Wirkung des Rücktritts steht das BGB. auf dem Standpunkte, den wir oben für das gemeine Recht vertraten. Die Motive[6] begründen diesen Standpunkt folgendermaßen: „Durch die Rücktrittserklärung unmittelbar wird für beide Teile eine selbstständige (unverjährbare) Einrede[7] gegen den Anspruch aus dem Vertrage und der persönliche Anspruch und die persönliche Verpflichtung auf Zurückversetzung in die Lage begründet, als ob der Vertrag garnicht geschlossen wäre, eine obligatio ad restituendum in integrum. Diese Normierung des obligatorischen Restitutionsanspruches schließt sich an das hinsichtlich der Wandelungsklage geltende Recht an", und dann weiter: „Mit der Aufstellung des bezeichneten Prinzips weicht der Entwurf von dem geltenden Rechte insofern ab, als dasselbe für die Regel auf der Auffassung beruht, daß der Vertrag im Zweifel als unter der Resolutivbedingung des Rücktritts geschlossen anzusehen sei, ... die Sicherheit des Verkehrs gebietet, die Konsequenzen der Resolutivbedingung (ipso iure Rückfall, dingliche Bindung) fern zu halten." Nach Bestimmung der Denkschrift S. 52 soll es den Parteien jedoch unbenommen sein, eventuell auch die Folgen einer Resolutivbedingung eintreten zu lassen, so daß ohne weiteres der frühere Zustand wieder herbeigeführt wird.

Im HGB. findet sich nirgends eine Bestimmung über das Reugeld, und doch wird es gerade in Handels-

6) Zu § 427 des Entwurfs.

7) Da durch Verzicht auf die Einrede das Schuldverhältnis wieder aufleben könnte, so hat das BGB. von der Einrede abgesehen. „Nach dem Gesetz wird endgültiges Erlöschen anzunehmen sein." So Otto, das Recht der Schuldverhältnisse des BGB., im Sächsischen Archiv Bd. 8, S. 718.

geschäften sehr häufig vorkommen. Das Reichsgericht[8] und mit ihm einige Schriftsteller[9] wollen allerdings aus den Bestimmungen des § 75 Abs. 2 ein Reugeld herauslesen, es dürfte sich aber hier doch nur um eine Vertragsstrafe handeln. Auf diesen Paragraphen werden wir später noch einmal zurückkommen.

Außerhalb des HGB finden wir ein Reugeld bei Land- und Seefrachtsgeschäften, wenn der Absender die dem Frachtführer übergebenen Sachen zurückzieht.

Im Börsenverkehr kommt das Reugeld bei Zeitkäufen mit Prämien vor. Diese Prämie hat eine doppelte Natur.[10] Sie kann sein:

1. ein Äquivalent für das Recht zum Rücktritt.[11] In diesem Falle ist sie m. E., wie oben gesagt, kein Reugeld, sondern lediglich ein Zuschlag zum Kaufpreis;
2. andrerseits eine Wandelpön und wird dann gezahlt für den gewählten Rücktritt.[12 13 14]

Zahlt der Käufer diese Prämie, so heißt sie Vorprämie, zahlt sie der Verkäufer, so heißt sie Rückprämie.

8) z. B. Bd. 33 S. 141; Bd. 40 S. 97.

9) Dernburg, bürgerl. Recht II, 1. Abt. S. 245.

10) Dernburg, a. a. O. S. 246.

11) Thöl, der Verkehr mit Staatspapieren, S. 202 erklärt diese Art der Prämie für die gewöhnliche. Ebenso im „Handelsrecht" § 288 S. 974.

12) So ist die Behandlung nach den Bedingungen der Berliner Fondsbörse § 12.

13) Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts S. 402 scheidet noch zwischen écart und Prämie, sodaß bei ihm die Prämie nur als Reugeld vorkommen kann.

14) Grünhut in Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd. III S. 19 sagt: im Zweifel werde die Prämie nur für das Recht zum Rücktritt gegeben.

B. Hauptteil.

Unterschiede der Vertragsstrafe und des Reugelds.[1]

Kap. 3. Unterschiede der Vertragsstrafe und des Reugelds in betreff der Form und des Erfordernisses einer gültigen Hauptobligation.

§ 5. I. Im gemeinen Recht.

Gleich hier wollen wir einen Punkt erwähnen, der für die weiteren Abhandlungen von ausschlaggebender Wichtigkeit ist: Fast alle Regeln über die Vertragsstrafe und das Reugeld sind dispositiver Natur, so daß sie nur dann zur Anwendung kommen, wenn die Parteien keine anderweiten Vereinbarungen getroffen haben. In den folgenden Gegenüberstellungen wird daher nicht immer besonders auf diesen Punkt hingewiesen, und es werden nur die in Ermangelung von Parteiverabredungen geltenden Normen und die zwingenden Sätze Erwähnung finden.

I. Wir gehen nunmehr über zu der Frage nach der Form des Strafvertrages im gemeinen Recht.

1) Eine — allerdings nicht erschöpfende — Gegenüberstellung von arrha poenitentialis und poenae stipulatio bringt Thöl, der Verkehr mit Staatspapieren S. 216 ff.

Die gewöhnliche Form, in welcher die Römer einen Strafvertrag schlossen, war die der Stipulation, welche sie abwechselnd poenae stipulatio und stipulationis poena nannten.[2] In betreff solcher Strafstipulationen muß geschieden werden zwischen stipulationes praetoriae und stipulationes conventionales,[3] da beide in Behandlung und Bedeutung sehr verschieden waren. Die ersteren waren Verträge der Parteien im Prozeß, in welchen diese sich verpflichteten, vorm Schiedsrichter oder vorm iudex zu erscheinen, Kautionen zu stellen, das iudicatum zu erfüllen u. a. m. Da diese stipulationes praetoriae fast ausschließlich vom Willen des Prätors abhingen und dahin gingen, die Parteien zum Erscheinen vor Gericht anzuhalten, also Strafen für ihre contumacia waren, so nahmen sie mehr und mehr die Form einer gesetzlichen Strafe an, der sich die Parteien schon vorher unterworfen hatten.

Diesen gegenüber stehen die stipulationes conventionales, von denen nunmehr gesprochen werden soll. Diese treten in zwei Gestalten auf, als einfache und doppelte Stipulationen. Zum Verständnis derselben sei hier die einschlägige l. 115 D. 45,1 des Papinian, welche auch für unsere weitere Abhandlung von größter Wichtigkeit ist, angeführt:

§ 1. Sed et si ita stipulatus fuero: „si in Capitolium non ascenderis“ vel „Alexandriam non ieris, centum dari spondes?“ non statim committetur stipulatio, quamvis Capitolium ascendere vel

2) z. B. l. 4 § 3 D. 44,4; l. 69,71, 122 § 3 D. 45,1; l. 10 § 1 D. 2,14. § 19 J 3,19; l. 15 D. 2,15; l. 5 C. 5,1.

3) Liebe, Stipulation und Versprechen, S. 303 ff.

Alexandriam pervenire potueris, sed cum certum esse coeperit te Capitolium ascendere vel Alexandriam ire non posse.

§ 2. Item si quis ita stipuletur: „si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?“ Pegasus respondit non ante committi stipulationem, quam desisset posse Pamphilus dari. Sabinus autem existimabat ex sententia contrahentium, postquam homo potuit dari, confestim agendum et tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quominus hominem daret, idque defendebat exemplo penus legatae. Mucius etenim heredem, si dare potuisset penum nec dedisset, confestim in pecuniam legatam teneri scripsit, idque utilitatis causa receptum est ob defuncti voluntatem et ipsius rei naturam. itaque potest Sabini sententia recipi, si stipulatio non a condicione coepit, veluti „si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes?“ sed ita concepta sit stipulatio: „Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes?“ quod sine dubio verum erit, cum id actum probatur, ut, si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur. sed et si ita cautum sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur, idem defendendum erit, quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur aut pecunia petatur.

Für unsere jetzige Frage kommen nur die Fassungen dieser beiden Stipulationen in Betracht:

1. si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes?

2. Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes?

Daß diese Stipulationen in der Form vollkommen verschieden sind, ist ganz klar, es fragt sich nur, ob darum auch ihre Folgen verschiedene sind. Eine wahre Pönalstipulation ist meines Erachtens nur die zweite Stipulationsform.[4] Bei ihr ist zuerst die Handlung selbst pure stipuliert, und dann die Strafdrohung als zweite, bedingte Stipulation hinzugefügt worden; bei ihr wird also die Strafe fällig, wenn die Bedingung, die Nichterfüllung der Hauptobligation, eintritt. Erzwingbar und klagbar ist bei dieser Doppelstipulation allein das zweite, suspensiv bedingte Versprechen auf das „tantum"; die erste giebt dem Schuldner lediglich die Möglichkeit das darin stipulierte Objekt zu leisten und sich so von der ganzen Verbindlichkeit loszumachen. Man kann daher, soweit es die Klagbarkeit betrifft, hier auch sagen, daß überhaupt nur das „tantum" in obligatione, Pamphilus dagegen allein in praestatione oder in solutione ist.[5]

Was nun die einfache Stipulation: si Pamphilum non dederis, centum dare spondes? anbetrifft, so kann ich darin nur ein bedingtes Versprechen, einen Fall der facultas alternativa erblicken, bei der allein die „centum" in stipulatione sind, während „Pamphilus" in exsolutione ist.[6] Diesen Fall rechne ich jedoch, wie oben gezeigt, nicht zu den Strafverträgen.

4) Vgl Pergament a. a. O. S. 7; v. Nettelbladt a. a. O. S. 36.

5) So Ulpian, Marcellus und Julian in l. 1 D. 33,9 und l. 19 D. 36,2. — Paulus spricht in l. 44 § 6 D. 44,7 von einer Quasi-novatio. Ich stimme mit Pergament a. a. O. § 3 darin überein, daß damit nicht gesagt sein soll, es fände eine wahre Novation statt, sondern nur, es träten novationsähnliche Folgen ein

6, Siehe oben Seite 19.

Die ganze Frage der Pönalstipulationen ist sehr kontrovers; wir müssen aber hier davon Abstand nehmen, auf alle Streitpunkte einzugehen, umsomehr, als sie für das spätere gemeine Recht infolge des Aufhörens der Stipulationen unpraktisch geworden sind.

Nächst der Stipulation findet man die Strafverträge in das Gewand von pacta adiecta[7] eingekleidet. Diese sind aber klagbar nur bei bonae fidei contractus, wenn sie diesen sofort bei Vertragsabschluß angehängt wurden, wie l. 7 § 5 D. 2,14 beweist:

Quin immo interdum format (sc. nuda pactio) ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis. solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis. sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint: si ex intervallo, non inerunt, nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur.

Bei einem contractus stricti iuris hatten sie indessen diese Wirkung nicht und galten nur als nuda pacta, welche in Rom niemals klagbar waren.[8] Als solche erzeugten sie allein eine Einrede.

Auch für den Reugeldvertrag muß davon ausgegangen werden, daß er sowohl als Stipulation, wie auch in der Form eines pactum adiectum vorkommen kann. Als Form der Stipulation können wir, da, wie gesagt, in den Quellen nichts darüber zu finden ist, die oben erwähnte, für das bedingte Versprechen, wählen: „Si Pamphilum non dederis, centum dare spondes?" Der

7) Vgl. l. 47 D. 19,1; v. Savigny a. a. O. S 273; Pergament a. a. O. S. 37 Beilage IX; v. Nettelbladt a. a. O. § 4 S. 17.

8) So l. 7 § 4 i. f. D. 2,14: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.

schwerwiegende Unterschied von dieser, sowie von der Doppelstipulation ist aber der, daß beim Reugeldvertrag allein „Pamphilus“ in obligatione und „centum“ in solutione ist, und daher der Gläubiger nur den Pamphilus verlangen, der Schuldner ihm aber dafür die 100 geben kann.

Über das pactum adiectum ist nichts Neues zu sagen.

Alle diese Formbestimmungen sind aber antiquiert, seitdem die Stipulation unpraktisch und die nuda pacta klagbar geworden sind, sodaß nunmehr jeder Vertrag zur Verabredung einer Strafe resp. eines Reugeldes genügend ist.

Wir kommen jetzt zu der vielumstrittenen Frage, ob zur Pönalstipulation ein giltiger Hauptvertrag nötig ist, und ob dieser für den Gläubiger ein vermögenswertes Interesse haben muß.

Zunächst ist es kontrovers, ob überhaupt ein Hauptvertrag erforderlich ist. Dies behauptet u. A. v. Seeler[9] a. a. O. S. 10 ff.; ihm treten entgegen zunächst Pergament a. a. O. § 1 Beilage 2, dann Schleipen a. a. O. S. 14, welche gestützt auf v. Vangerow[10] und Windscheid[11] jede Obligation für genügend und geeignet halten, einem Strafvertrage zur Grundlage zu dienen. Und es ist auch wirklich nicht einzusehen, warum

9) Ebenso Lauterbach, de poena conventionali S. 416 und wohl auch Dernburg, Pand. Bd. II § 46, wo immer nur von einem „Hauptversprechen“ gehandelt wird. Ich möchte aber doch ausdrücklich hervorheben, daß Dernburg seine Ansicht dann geändert haben müßte, da er in seinem Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. II, Abt. 1 S. 220 jede Verbindlichkeit für geeignet erklärt.

10) a. a. O. III § 614 Anm.

11) a. a. O. II § 285 S. 108. Ferner Strauß, „Über die Konventionalstrafe“ S. 8.

nicht auch durch Delikt oder Gesetz entstandene Obligationen eine Strafberedung zulassen sollten. Meistens wird es sich allerdings um einen Vertrag handeln.

Muß diese Hauptobligation nun eine giltige sein?

Für die Notwendigkeit einer giltigen Hauptobligation sprechen sich u. A. aus: v. Seeler[12], v. Rettelbladt[13], Sprenger[14], Sintenis[15], und Schleipen.[16] Windscheid (II § 286) vertritt die Ansicht, daß es auf Kenntnis der Kontrahenten ankomme. Wäre diesen die Ungiltigkeit nicht bekannt, so solle der Strafvertrag ungültig sein, andernfalls wäre anzunehmen, daß die Kontrahenten auf die Geltendmachung der Ungültigkeit verzichten wollten, und wenn dieser Verzicht gültig sei, so solle auch der Strafvertrag gültig sein.

Andere erklären wieder die Zulässigkeit eines Strafvertrages für unabhängig von der Gültigkeit oder Ungültigkeit der Hauptobligation. Dies sind außer denen, die einen selbständigen Strafvertrag kennen, hauptsächlich v. Vangerow,[17] Puchta,[18] Neuenfeldt,[19] Dernburg[20] und Holzschuher.[21]

Diese letzteren stützen ihre Ansicht einzig und allein auf § 19 und 20 J 3,19 und l. 38 §§ 2,4 und 17

12) a. a. O. S. 24.
13) a. a. O. S. 28.
14) a. a. O. S. 652.
15) a. a. O. II § 88 S. 111.
16) a. a. O. S. 15; Neuhaus a. a. O. § 2.
17) a. a. O. III, § 614 Nr. I.
18) a. a. O. § 231 S. 329.
19) a. a. O. S. 38. Ebenso Strauß a. a. O. S. 11.
20) Pandekten II, § 46; Sintenis II, § 88 erklärt die Beifügung eines Strafvertrages zu ungültigen Hauptobligationen für zulässig in den Fällen, in denen die Quellen dies besonders erwähnen.
21) Holzschuher a. a. O. III, S. 349 Nr. 5.

D. 45,1. Diese Stellen handeln aber sämtlich vom Versprechen einer Leistung zu Gunsten oder zu Lasten Dritten. Ist denn aber ein solcher Vertrag zu Gunsten oder zu Lasten eines Dritten überhaupt ungültig? Bei der Behandlung dieser Frage kann ich mich nur den eingehenden Beweisführungen von v. Seeler[22] und Neuhaus[23] anschließen. Diese legen dar, daß ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten keineswegs ungültig ist; er ist nur insofern unwirksam, als er eine Klage nur dann erzeugt, wenn dem Berechtigten, d. h. dem Promissar, durch die Nichterfüllung ein Vermögensschaden erwachsen ist; die Hinzufügung eines Strafversprechens bewirkt jedoch, daß die poena auch dann gefordert werden kann, wenn das Erfordernis des Vermögensschadens für den Berechtigten nicht eingetreten ist. Anders liegt es bei Verträgen zu Lasten Dritter. Diese sind unstreitig ungültig, und doch sagen die Quellen, daß eine Strafe, die für den Fall der Nichterfüllung eines solchen Vertrages versprochen wird, gefordert werden kann. Über diese Frage vermag ich auch die Ausführungen der genannten Autoren nicht für überzeugend zu halten. Jedenfalls steht die Zulässigkeit einer solchen Strafforderung mit dem Wesen und dem Zweck der Konventionalstrafe so völlig im Widerspruch und führt zu so unhaltbaren Konsequenzen,[24] daß wir diesen Fall nur für eine Ausnahme ansehen

22) a. a. O. §§ 8 und 9.

23) a. a O. S. 17 ff.

24) v. Rettelbladt a. a. O. S. 31 will per argumentum a contrario gerade aus den angeführten Stellen auf das Erfordernis einer gültigen Hauptobligation schließen. Dies ist jedenfalls nur ein sehr schwaches Hilfsmittel!

können, die aber das Prinzip nicht berührt, und halten daher daran fest, daß zur Begründung eines Strafvertrages immer eine gültige Obligation vorhanden sein muß. Gültig ist nach Savigny auch die Vertragsstrafe, bei welcher „ein sittlicher Zweck durch einen neuen Antrieb Unterstützung erhält." So der Fall der l. 121 § 1 D. 45,1: Ein Ehemann verspricht seiner Gattin unter einer Geldstrafe, den Umgang mit einer früheren Konkubine zu meiden.[25]

Ist es nun auch erforderlich, daß diese Obligation ein vermögenswertes Interesse für den Berechtigten hat?

Für das gemeine Recht kann es wohl, besonders seit den trefflichen Ausführungen Iherings,[26] als sicher hingestellt werden, daß einem im übrigen rechtsbeständigen Forderungsrecht nicht deswegen die Anerkennung versagt werden darf, weil die Leistung, auf welche es geht, für den Gläubiger keinen Geldwert hat.[27] Jedoch ist auch dieser Satz heftig bestritten, und zwar wiederum mit Berufung auf die Stellen, die von den Verträgen zu Gunsten Dritter handeln; so von Sintenis,[28] v. Nettelbladt,[29] Unterholzner,[30] Neuenfeldt[31] u. A. m.

25) v. Savigny a. a. O. S. 282 und „System" Bd. III § 122 S 174.

26) In den Jahrbüchern für Dogmatik Bd XVIII S. 34 ff.

27) So mit Berufung auf l. 11 § 1 D 43,24; l. 6 § 1 D 18.7; l. 3 § 13 D. 43.29 und l 54 pr. D. 17,1 Windscheid II § 251 Anm 3; v. Vangerow § 608 Anm. 1. Puchta § 220; Dernburg II, § 46 Note 3, v. Savigny a. a. O. S. 275; Liebe a. a. O. S. 307.

28) a. a. O. II, § 82 Nr. 4 b.

29) a. a. O. S. 28.

30) a. a. O. I S. 212.

31) a. a. O. S. 39. Ebenso Specka, die Konventionalstrafe als Interesseersatz.

II. Wie verhält es sich nun beim Reugeld in Bezug auf das Erfordernis einer gültigen Hauptobligation?

Für das Reugeld halte ich einen gültigen (d. h. einen rechtlich erlaubten und klagbaren) Hauptvertrag für erforderlich;[32] in allen Fällen wo auf Erfüllung des Vertrages nicht geklagt werden kann, findet auch die Forderung eines Reugeldes nicht statt. „Denn besteht kein gültiger Hauptvertrag, so bedarf es für den Schuldner nicht der Erlegung eines Lösegeldes, um sich davon frei zu machen; der Vertrag hat keine Verpflichtung geschaffen, es kann daher von der Wiederaufhebung einer solchen vermittelst der Ausübung des Reurechts keine Rede sein.“ [33] [34]

Die Forderung eines vermögenswerten Interesses für den Gläubiger muß auch beim Reugeldvertrag verneint werden.

§ 6. 2. Im neuen Reichsrecht.

I. In betreff der Form werden Vertragsstrafe und Reugeld einander im BGB. vollkommen gleich behandelt. Im allgemeinen steht das BGB. auf dem Standpunkte der Formfreiheit und hat die Fälle, für welche eine besondere Form erforderlich sein soll, einzeln aufgeführt. Zu diesen gehört aber der Strafvertrag und das Reugeldversprechen nicht. Immerhin ist es aber möglich, da

32) Fagemann, die Draufgabe, S. 35 verneint die Notwendigkeit der Klagbarkeit.

33) Gruchot, Bd. II S. 157.

34) Des weiteren verweisen wir über diese Frage auf die Ausführungen oben S. 43.

eine jede Leistung Grundlage dieser Verträge sein kann, daß der Schuldner sich zu einer Leistung verpflichtet, die mit rechtlicher Wirksamkeit nur unter Beobachtung einer bestimmten Form versprochen werden kann, und in diesen Fällen ist natürlich zur Gültigkeit die Einhaltung der Form erforderlich. Als solche stellt das BGB. auf:

1. Schriftlichkeit,
2. gerichtliche und notarielle Beurkundung und
3. öffentliche Beglaubigung.

Ebenso ist auch dem Versprechen bei Außerachtlassung einer vertragsmäßigen Form die Gültigkeit abzuerkennen.

Auch für das BGB. ist dahin zu entscheiden, daß nicht nur ein Vertrag, sondern jede Obligation die Grundlage eines Strafvertrages bilden kann. Dies folgt unmittelbar aus § 339: „Verspricht der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, daß er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, die Zahlung einer Geldsumme als Strafe, so ist die Strafe erwirkt, wenn er in Verzug kommt." Also nur eine Verbindlichkeit (Obligation) wird gefordert, und diese umfaßt nicht nur die vertragsmäßigen, sondern auch die deliktischen und gesetzlichen Obligationen. Dernburg[1] will auch noch ein einseitiges Versprechen für genügend erklären, soweit dies obligationsbegründend ist, z. B. in Inhaberpapieren. Die Motive sagen hierzu:[2] „Wenn der Entwurf sich des Ausdrucks „Versprechen einer Strafe" bedient, so ist hiermit nur die eine Seite des auf Begründung der Konventionalstrafe

1) Das bürgerliche Recht, a. a. O. S. 220. Ebenso Lehmann-Ring, das Handelsgesetzbuch Bd. II S. 26.

2) Bd. II zu § 420 (I. Entwurf).

gerichteten Vertrags hervorgehoben. Der Gedanke, da
das einseitige Versprechen einer Konventionalstra
wirksam sein sollte, ist dem Entwurf fremd." Na
einer Reichsgerichtsentscheidung[3] kann auch durch ei
letztwillige Verfügung ebenso wie im gemeinen Rec
eine Strafe angedroht werden.

Es genügt jedoch nicht nur das Vorhandensein ein
Hauptverbindlichkeit, diese muß auch gültig sein. I
der Hauptanspruch von Anfang an ungültig, so ist au
die Vertragsstrafe nicht geschuldet. Wenn die Haup
verbindlichkeit erlischt, ehe die Strafe verfallen ist, so
auch der Anspruch auf die Strafe damit aus der We
geschafft. War aber die Strafe schon verfallen, dan
soll dem Schuldner das Erlöschen der Hauptverbin
lichkeit nicht mehr zu gute kommen.[4] Ist die Haup
verbindlichkeit nach irgend welchen Gesetzesvorschrift
rechtlich unwirksam, so ergreift die Unwirksamkeit da
Vertrag über die Strafe.[5] Eine solche Unwirksamke
kann z. B. vorliegen in Folge der Verletzung von Form
vorschriften. Insbesondere finden hier die Regeln üb
das Zustandekommen, die Nichtigkeit und Anfechtbark
von Verträgen Anwendung. „Die Konventionalstrafe ka
demnach nicht dazu benutzt werden, um indirekt ei
Leistung zu erzwingen, zu welcher eine Verbindlichk
überhaupt nicht oder doch nicht in der Form des g
schlossenen Vertrages über die Konventionalstrafe b
gründet werden kann."[6]

3) Bd. 19 S. 232.

4) Dernburg, a. a. O. S. 222. Reichsgerichtsentscheidu
Bd. 33, S. 220; Düringer-Hachenburg, a. a. O. S. 234; Endema
a. a. O. I § 133 Nr. 2.

5) BGB. § 344.

II. Für die Vereinbarung eines Reugeldes kann nach Stammler[7] und Matthiaß[8] nicht nur ein Vertrag, wie dies § 346[9] ausspricht, die Grundlage bilden, sondern auch ein gesetzliches Kündigungsrecht, indem ausgemacht wird, daß der eine Vertragschließende von seinem gesetzlichen Kündigungsrechte nur gegen Zahlung eines Reugeldes Gebrauch machen dürfe. Und in der That dürften wir es hier nicht mit einer Vertragsstrafe zu thun haben, wie die Praxis angenommen hat.[10] „Es besteht keine Hauptverpflichtung, beispielsweise des Vermieters, die dahin ginge, daß er nicht kündigen werde, sodaß die Erfüllung dieser Hauptverbindlichkeit durch eine Vertragsstrafe bestärkt werden könnte, sondern es liegt ein Verzicht auf das gesetzliche Kündigungsrecht vor, aber ein Verzicht unter der auflösenden Bedingung, daß er nicht das bedungene Reugeld dem anderen Teile zahle."

Kap. 4. Unterschiede der Vertragsstrafe und des Reugeldes in betreff der Höhe des Betrages und in betreff des richterlichen Ermäßigungsrechtes:

§ 7. 1. Im gemeinen Recht.

I. Die Höhe der Vertragsstrafe im römischen und gemeinen Recht war unbeschränkt. Es finden sich in den

6) Motive II S. 279.

7) Schuldverhältnisse § 48.

8) Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I § 91.

9) „Hat sich in einem „Vertrage" ein Teil den Rücktritt vorbehalten . . ."

10) Seufferts Arch. Bd. 30 Nr. 133, Bd. 3 Nr. 42,43.

Quellen Angaben darüber, daß das duplum, triplu
ja auch quadruplum der Leistung aus der Hau
obligation als Strafe versprochen wurde. Früher wol
man im Anschluß an l. un. C. 7,47 die Grenze auf d
duplum festgesetzt sehen. Diese lex bestimmte, daß
der Forderung des Interesses das duplum der
aestimatio die Abgrenzung nach oben bilden sollte, u
man wollte analog auch die Höhe der Konventionalstr
auf das duplum beschränken. Aber bald erachtete m
die Ausdehnung dieser Bestimmung für unzulässig u
heute herrscht allgemein[1] die Ansicht von der Un
schränktheit der Konventionalstrafe. Diese Strafe kon
auch nicht durch Richterspruch ermäßigt werden. A
Dernburg[2] erklärt, daß nach richtiger Ansicht die
Ermäßigungsrecht bestanden habe. Allgemein anerka
war dagegen das Verbot des römischen Rechts, d
unter der Form einer Konventionalstrafe nicht die Hö
der Zinsen schrankenlos ausgedehnt werden dürfte.

Es fragt sich nun, ob nicht vielleicht ein Ermäßigun
recht dann zulässig war, wenn der Schuldner sei
Verpflichtung nur zum Teil nachgekommen war, oder
in diesem Falle doch die ganze Strafe gezahlt werd
mußte. Auch hier hat sich die größte Zahl von Autore

1) z. B. Lauterbach, cap. 22—26,30; Glück IV S. 4
Holzschuher III S. 344; Unterholzner I § 250; v. Vangerow
§ 614; Windscheid II § 285 Note 15; v. Rettelbladt a. a. O. S.

2) Pandekten II § 46 S. 131.

3) So Sintenis II S. 120; Glück IV S. 541; Holzschu
III § 242 zu 4; v. Vangerow III § 614 III; Windscheid II §
Nr. 2; Sprenger a. a. O. 671; Neuhaus a. a. O. S. 20; Spe
die Konventionalstrafe als Interesseersatz S. 40 ff.

mit Berufung auf einige Quellenstellen[4] für den Ausschluß des Ermäßigungsrechts ausgesprochen.[5]

II. Nicht anders verhielt es sich bei dem Reugeld Hier kann von einer Beschränkung schon deshalb nicht die Rede sein, weil der Verfall des Reugeldes ja eine Folge des freiwilligen Rücktrittes des Schuldners ist, und dieser wird doch das Reugeld nur zahlen, wenn „der ihm verstattete Rücktritt vom Vertrage ihm mehr gilt als das Opfer, das er bringen muß, um sich diesen Rücktritt zu erkaufen."[6]

Hat der Schuldner seine Verbindlichkeit auch nur teilweise erfüllt, so zeigt er damit, daß er die Erfüllung wählt. Es kann infolgedessen von einem Verfall des Reugeldes nicht die Rede sein, und natürlich auch nicht von einer Ermäßigung.

§ 8. 2. Im neuen Reichsrecht.

I. Ehe wir uns nun dem BGB. zuwenden, wollen wir einen kurzen Blick werfen auf die Bestimmungen des ALR. und einiger Reichsgesetze über die Höhe der Konventionalstrafe und des Reugeldes. Das ALR. hat in Teil I, 5, § 301 jenen von uns erwähnten Irrtum der älteren Doktrin kodifiziert. Hier wird ausdrücklich bestimmt, die Höhe der Konventionalstrafe dürfe das Doppelte des Interesses nicht übersteigen. War demnach eine höhere Strafe vereinbart, so mußte der Richter diese

4) l. 47 D. 19,1; l 4; l. 85 § 6 D. 45,1; l. 25 § 13 D. 10,2.

5) Eine gegenteilige Ansicht habe ich nur bei Pergament, a. a. O. S. 98, Beilage XXV, gefunden.

6) Gruchot Bd. II, S. 156.

auf den doppelten Betrag des erweislichen Interes ermäßigen. Diese Beschränkung wurde aber auf d Reugeld für unanwendbar erklärt.[1]

Die späteren Gesetze kehrten wieder zu der Freih der Parteibestimmung über die Höhe der Konvention strafe zurück und gewährten dem Richter kein M mäßigungsrecht in Bezug auf diese. So das s. „Wucherfreiheitsgesetz" vom 14. November 1867 u das alte HGB. Art. 284,1. Erst die Wuchergesetze v 24. Mai 1880 und vom 19. Juni 1893 errichteten ei Schranke mit der Verfügung, daß ein Strafvertr immer ungültig sein sollte, wenn er die strafrechtliche V folgung des Gläubigers wegen Wuchers zur Folge h

Das BGB. führte schließlich das richterliche M mäßigungsrecht ein bei jeder unverhältnismäßig hoh Strafe ohne die Beschränkung des alterum tantu Dieses Recht wird behandelt im § 343:

„Ist eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig ho so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil a den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Bei d Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechtigte Int esse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensintere in Betracht zu ziehen. Nach der Entrichtung der Str ist die Herabsetzung ausgeschlossen." Die Bestimmung dieses Paragraphen sind übrigens zwingender Natur u daher durch Parteiwillkür nicht abänderlich.

Der I. Entwurf enthielt eine derartige Bestimmu noch nicht, die Motive sagen dazu einfach:[2] „Eine B schränkung der Konventionalstrafe in Ansehung der Grö

1) Gruchot Bd. 2, S. 156 und Bd. 39 S. 903.
2) Motive II, S. 278.

sei es durch ein absolutes Verbot, sei es durch Bestimmung eines richterlichen Ermäßigungsrechtes, ist nicht angezeigt." Diese Ungebundenheit fand aber nur bei Wenigen Billigung[3], von den meisten Beurteilern erfuhr sie schärfsten Tadel, so von Gierke,[4] Hartmann[5] und dem 20. Juristentage. Auf Grund dieser Gutachten nahm dann die Kommission den § 343 in das Gesetz auf. Dieser Paragraph hat bereits die verschiedensten Streitfragen gezeitigt, so zunächst, ob der Richter nun auch auf Antrag des Schuldners ermäßigen muß,[6] oder ob es ihm nur freisteht,[7] dies zu thun. Ferner ist streitig, welchen Zeitpunkt der Richter seiner Beurteilung, ob die verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch ist, zu Grunde zu legen hat. Das Richtigste wird wohl sein, dies dem freien richterlichen Ermessen zu überlassen,[8] sodaß in den einzelnen Fällen die Zeit eine verschiedene sein kann. Dernburg[9] und Planck[10] erachten stets die Zeit des Urteils, Matthiaß[11] stets die der Verwirkung für maßgebend.

---

3) So bei Koffka und Simon auf dem 20. deutschen Juristentag und von Bähr in seinem Gegenentwurf. Ebenso Pergament a. a. O. S. 99 ff.

4) Entwurf eines BGB. und das deutsche Recht S. 222 f.

5) Archiv f. civilist Praxis Bd. 73, S. 375 ff.

6) So Szkolny u. Caro, Kommentar zu § 343; Planck, a. a. O. zu § 343.

7) So Meisner, Kommentar zu § 343; Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I S. 329.

8) Szkolny-Caro a. a. O.; Düringer-Hachenburg, a. a. O. S. 250; Meisner a. a. O.

9) Lehrb. des bürgerl. Rechts a. a. O, S. 228.

10) a. a. O. § 343. Ferner auch Lehmann-Ring, a. a. O. S. 32 Nr. 1.

11) Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I § 89 S. 404.

Bei der Beurteilung des Übermaßes der Strafe hat der Richter jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, also auch das Affektionsinteresse, nicht nur das Vermögensinteresse zu berücksichtigen Das Ermäßigungrecht wird hauptsächlich auch da Platz greifen, wo trotz teilweiser Erfüllung die ganze Strafe verwirkt ist.

Ist die Strafe einmal entrichtet, so kann sie nicht mehr herabgesetzt werden. Dies ist nicht unbillig; denn es ist für die Regel anzunehmen, daß sie dem Schuldner nicht zu hoch vorgekommen ist.

Das Ausbedingen oder Annehmen einer übermäßig hohen Vertragsstrafe kann jedoch auf Wucher hinauslaufen, wenn es unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit des anderen Teils erfolgt. Das betreffende Rechtsgeschäft ist dann gemäß § 138 nichtig.[12]

II. Da das BGB. nirgends davon spricht, daß die Bestimmungen des § 343 auf das Reugeld Anwendung finden, so bleibt es bei den oben fürs gemeine Recht ausgeführten Regeln.[13]

Die in das HGB. besonders aufgenommenen Bestimmungen über die Vertragsstrafe behandeln sämtlich den Fall des richterlichen Ermäßigungsrechts. Die einschlägigen Paragraphen mögen hier citiert werden. Es kommen in Betracht § 75 Abs. 2: „Hat der Handlungsgehülfe für den Fall, daß er die in der Vereinbarung“ (d. h. der Konkurrenzklausel) „übernommene Verpflichtung

12) Meisner, a. a. O. Anm. 5 zu § 343; Düringer-Hachenburg, a. a. O. S. 251.

13) Cosack, Bürgerl. Recht I S. 330 Nr. g scheint allerdings ein Ermäßigungsrecht auch für das Reugeld anzuerkennen.

nicht erfüllt, eine Strafe versprochen, so kann der Prinzipal nur die verwirkte Strafe verlangen; der Anspruch auf Erfüllung oder auf Ersatz eines weiteren Schadens ist ausgeschlossen. Die Vorschriften des BGB. über die Herabsetzung einer unverhältnismäßig hohen Strafe bleiben unberührt;" § 76: „Die Vorschriften der §§ ... 75 finden auch auf Handlungslehrlinge Anwendung;" § 348: „Eine Vertragsstrafe, die von einem Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes versprochen ist, kann nicht auf Grund der Vorschriften des § 343 des BGB. herabgesetzt werden;" schließlich § 351: „Die Vorschriften der §§ 348 . . . . finden auf die im § 4 bezeichneten Gewerbetreibenden" (s. g. Minderkaufleute) „keine Anwendung."

Das HGB. schließt also die Anwendung des Ermäßigungsrechts immer dann und zwar auch nur dann aus, wenn ein Vollkaufmann die Strafe im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen hat. Es gehören also nicht hierher die Fälle,[14] daß z. B. jemand erst nach dem Versprechen der Strafe Vollkaufmann geworden ist, oder daß ein Vollkaufmann bei einem sonstigen Privatgeschäft eine Strafe verspricht, oder schließlich, daß nur derjenige Vollkaufmann ist, dem die Strafe versprochen wird.

Zu beachten ist aber hierbei, daß (nach Art. 32 EG. zum BGB.) die Vorschriften des Reichsgesetzes, betreffend die Abzahlungsgeschäfte, vom 16. Mai 1884 neben dem § 343 BGB. und § 348 HGB. in Kraft bleiben. Da der § 8 dieses Gesetzes bestimmt, daß die Vorschriften des Spezialgesetzes nur dann Anwendung

14) Vgl. Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 252.

finden sollen, wenn der Käufer nicht als Kaufmann in das Handelsregister eingetragen ist, so können nicht-eingetragene Kaufleute trotz des § 348 HGB. die Herabsetzung einer bei Abzahlungsgeschäften versprochenen Vertragsstrafe fordern.

Nunmehr wenden wir uns dem § 75 Abs. 2 zu. Es ist im Hinweis darauf, daß der Prinzipal hier nur die Strafe verlangen kann, behauptet worden, es wäre durch diesen Paragraphen eine Wandelpön eingeführt worden.[15] Wäre dies aber der Fall, so bedürfte es des Zusatzes nicht: „Die Vorschriften des BGB. über die Herabsetzung einer unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe bleiben unberührt;" denn, wie wir gezeigt haben, gilt das Ermäßigungsrecht nicht für das Reugeld. Gerade dieser Zusatz bestärkt mich daher in der Ansicht, daß wir es auch hier mit einer Vertragsstrafe zu thun haben. Ich kann mich daher auch nicht mit Dernburg einverstanden erklären, wenn er sagt: „Es ist also etwas Besonderes, daß dasselbe (das richterliche Ermäßigungsrecht nämlich) bezüglich der an das Konkurrenzverbot der Handlungsgehülfen angeknüpften Vertragsstrafe, welche HGB. § 75 im wesentlichen zur Wandelpön gestaltet hat, anerkannt wird." Es ist aber auch garnicht zu verwundern, daß das Gesetz dem Prinzipal nur die Strafe zuspricht. Denn meistens wird doch die Konkurrenzklausel dem Handlungsgehülfen verbieten, in ein Konkurrenzgeschäft einzutreten; thut der Handlungsgehülfe dies nun dennoch und verwertet die Geschäftsgeheimnisse seines früheren Prinzipals, so würde es

15) Reichsgerichtsentscheidungen: Bd. 33 S. 141; Bd. 40 S. 97; Dernburg, Bürgerliches Recht a. a. O. S. 226.

diesem keinen Nutzen bringen, wenn er jetzt noch die Erfüllung des Vertrages verlangt. Da ist ihm die Straffumme schon eine viel sichere Entschädigung, und deshalb spricht ihm das Gesetz auch nur diese zu.

Kap. 5. Unterschiede der Vertragsstrafe und des Reugeldes in betreff der Verwirkung.

§ 9. I. Im gemeinen Recht.

I. Wir haben nunmehr die Frage zu erörtern, wann eine Vertragsstrafe als verwirkt anzusehen ist.

Die Vertragsstrafe verfällt, sobald die Bedingung eingetreten ist, d. h. sobald der Schuldner den Hauptvertrag nicht erfüllt.

Hierbei sind nun drei Fälle zu berücksichtigen:

1. die Hauptverpflichtung ging auf ein Unterlassen;
2. sie ging auf ein Thun, und für dieses war eine Frist bestimmt und
3. sie ging auf ein Thun, ohne daß eine Frist bestimmt war.

Ging die Hauptverpflichtung auf ein Unterlassen, so ist es unbestritten, daß die Strafe mit dem Zuwiderhandeln verwirkt ist.[1]

---

1) So z. B. Lauterbach, a. a. O. cap. 68; v. Vangerow II § 614 III; v. Savigny, a. a. O. II § 80; Sintenis II S. 113; Windscheid, II § 286; Dernburg, Pand. II § 46; v. Seeler, a. a. O. S. 75; v. Nettelbladt, a. a. O. S. 55; Schleipen, a. a. O. S. 33 und Lübbe a. a. O. S. 23.

Das bezeugt auch l. 122 § 6 D. 45,1:

Duo fratres hereditatem inter se diviserunt et caverunt sibi nihil se contra eam divisionem facturos et, si contra quis fecisset, poenam alter alteri promisit: post mortem alterius qui supervixit petit ab heredibus eius hereditatem quasi ex causa fideicommissi sibi a patre relicti debitam et adversus eum pronuntiatum est, quasi de hoc quoque transactum fuisset: quaesitum est, an poena commissa esset. respondit poenam secundum ea quae proponuntur commissam.

Ging jedoch die Hauptverbindlichkeit auf ein Thun, und war für dieses Thun eine Frist bestimmt, so ist die Strafe mit dem Ablaufe dieser Frist verwirkt, ohne daß es einer Mahnung bedarf.[2] Zum Beweise dafür sei angeführt die l. 12 C. 8,37:[3]

Magnam legum veterum obscuritatem, quae protrahendarum litium maximam occasionem usque adhuc praebebat, amputantes sancimus, ut, si quis certo tempore facturum se aliquid vel daturum se stipuletur vel quae stipulator voluit, promiserit et addiderit, quod, si statuto tempore minime haec perfecta fuerint, certam poenam dabit, sciat minime posse ad evitandam poenam adicere, quod nullus eum admonuit: sed etiam citra ullam admonitionem eidem poenae pro tenore stipulationis fiet obnoxius, cum ea quae promisit ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari poscere debeat.

---

2) Außer den in Anm. 1 Genannten noch Sprenger, a. a. O. S. 673; Seuffert's Archiv, Bd. 31 Nr. 131.

3) l. 23 D. 44,7; l. 23 pr. D. 4,6.

Diese lex bildet auch die Quelle der Rechtsregel: „dies interpellat pro homine."

Streitig ist es, ob in dem Falle, wo die Unmöglichkeit der Erfüllung bis zu dem verabredeten Termin schon vorher gewiß wird, die Strafe bereits mit dem Eintritt dieser Gewißheit gefordert werden könne oder erst mit dem Ablauf der Frist. Für die erste Möglichkeit spricht l. 113 D. 45,1; dagegen will es l. 124 D. eod. und l. 10 § 1 D. 2,11 bei der Regel lassen. Der ersten Entscheidung schließen sich für das gemeine Recht an Windscheid[4] und v. Rettelbladt,[5] für die zweite erklären sich Sprenger,[6] Dernburg[7] und Lübbe,[8] und diese entspricht auch sicher mehr dem Vertrage.

Es bleibt nun der Fall übrig, daß die Hauptverpflichtung auf ein Thun ging, ohne daß für dieses Thun eine Frist gesetzt ist. Wann ist hier die Strafe verwirkt?

Es stehen sich hauptsächlich die von Papinian in l. 115 D. 45,1[9] angeführten Meinungen gegenüber: einerseits, daß die Strafe erst dann verfalle, wenn die Hauptleistung unmöglich geworden sei;[10] anderseits, daß sie sofort, d. h. nach Ablauf eines modicum tempus, verwirkt sei, wenn die Erfüllung unterblieb, obgleich sie hätte erfolgen können.[11] M. E. kann hier lediglich der

4) a. a. O. § 285 Anm. 2.
5) a. a. O. S. 56.
6) a. a. O. S. 674.
7) Pandekten II § 46 Anm. 8.
8) a. a. O. S. 24.
9) Text s. oben S. 40/41.
10) Wolff, a. a. O. S. 38; Puchta, a. a. O. § 231.
11) v. Vangerow III § 614 III; v. Savigny, a. a. O. S. 279.

Wille der Parteien entscheiden; wenn aber ein Prinzip aufgestellt werden soll, so ist sicherlich die zweite Ansicht die rationablere; denn es kann doch nicht der Wille sein, daß die Entscheidung ins Ungewisse hinausgerückt werde. Diese Ansicht ist denn auch in die gemeinrechtliche Praxis übergegangen.[12]

Ist die Strafe einmal durch Ablauf der Frist verwirkt, und der Gläubiger nimmt dann noch die Erfüllung an, so verliert er damit den Anspruch auf die Strafe nicht. Dies ist jedoch nicht unbestritten. Es soll nämlich nach einer Ansicht der Anspruch auf Strafe fortbestehen, wenn sich dies der Gläubiger bei Annahme der Haupterfüllung ausdrücklich vorbehalten hat.[13]

Eine weitere Kontroverse dreht sich darum, ob zum Verfall der Strafe eine Mahnung und ein Verschulden des Verpflichteten erforderlich ist.

Was zunächst die Mahnung betrifft, so haben wir deren Erfordernis bei befristeter Leistung bereits oben verneint. Schwieriger gestaltet sich aber die Entscheidung, wenn für die Hauptverbindlichkeit keine Frist bestand. Hier ist natürlich zunächst der Wille der Parteien maßgebend, erst wenn daraus die Absicht nicht ersichtlich ist, kann unsere Frage von allgemeinen Gesichtspunkten aus entschieden werden. Eine Mahnung halten für nötig: z. B. Glück,[14] Dernburg[15] und v. Seeler,[16] während

12) Seuffert's Archiv Bd. VI Nr. 172.

13) z. B. Sintenis II § 88 Anm. 32.

14) Pandekten „Kommentar" Teil IV § 340 l. 12 C. 8,38; l. 23 D. 44,7.

15) Pandekten II § 46 S. 130.

16) a. a. O. § 17.

z. B. Unterholzner,[17] v. Vangerow,[18] Windscheid,[19] Sintenis,[20] v. Rettelbladt,[21] Schleipen[22] und Neuhaus[23] ihr Erfordernis leugnen. Es verlangt zwar l. 24 D. 36,2 eine Aufforderung an den Schuldner, aber l. 19 pr. D. 36,2, l. 1 D. 33,9 und l. 115 § 2 D. 45,1 vertreten die entgegengesetzte Ansicht. v. Seeler will allerdings gerade aus den Worten „quamdiu per promissorem non stetit" der letzterwähnten Stelle das Erfordernis einer Interpellation herauslesen, aber m. E. mit Unrecht. So hat sich denn auch die herrschende Lehre und die Praxis dahin entschieden, daß die Strafe im gemeinen Recht ohne Mahnung verfällt.

Welchen Einfluß hat nun ein Verschulden des Verpflichteten auf den Strafverfall?

Ich halte für das römische Recht ein Verschulden nicht für erforderlich zur Verwirkung der Strafe, wenigstens soweit stipulationes conventionales in Betracht kommen. Zum Beweise dafür seien angeführt: l. 77 D. 45,1: Ad diem sub poena pecunia promissa et ante diem mortuo promissore committetur poena, licet non sit hereditas eius adita, und ferner l. 9 D. 22,2:

Si traiecticiae pecuniae poena (uti solet) promissa est, quamvis eo die, qui primus solvendae pecuniae fuerit, nemo vixerit, qui eam pecuniam deberet,

17) a. a. O. I. S. 251.
18) a. a. O. § 614.
19) a. a. O. § 285.
20) a. a. O. § 88 Anm. 12.
21) a. a. O. S. 57.
22) a. a. O. S. 40.
23) a. a. O. S. 27. Ebenso v. Savigny, a. a. O. S. 276; Wolff, mora, S. 72.

tamen perinde committi poena potest, ac si fuisset heres debitoris.[24]

Da nun in diesen Fällen die Strafe verwirkt wird, ohne daß im Augenblick des Verfalls ein Schuldner vorhanden ist, so kann natürlich zu dem Verfall auch kein Verschulden erforderlich sein.[25] Die Strafe verfällt also, gleichgültig, ob die Erfüllung durch Zufall oder durch Verschulden des Verpflichteten unmöglich geworden ist. Die Stellen, auf welche die Gegner[26] dieser Lehre sich berufen, sind ausnahmslos solche, die von stipulationes praetoriae[27] handeln. Bei diesen werden allerdings für den Verpflichteten verschiedene Entschuldigungsgründe angeführt, wie Überschwemmung und Krankheit, welche den Schuldner von der Strafe befreien. Diese Ausnahme soll nun auch im römischen Recht auf alle bonae fidei contractus ausgedehnt worden sein und wird jedenfalls für das gemeine Recht, für welches nur die für bonae fidei-Kontrakte geltenden Grundsätze in Betracht kommen, von Savigny[28] als herrschend erklärt, indem er sagt, „daß die Konventionalstrafe nur gegen denjenigen Schuldner anzuwenden ist, welchem eine Zurechnung vorgeworfen werden kann." Diese Ansicht wird jedoch von anderer Seite aufs heftigste bestritten,[29] jedenfalls wird man aber mit Dernburg[30] dahin übereinstimmen können,

24) Ebenso l. 22 pr. D. 9,2 und l. 69 D. 45,1.

25) Vgl. Sprenger, a. a. O. S. 672; Reichsgerichtsentscheidung Bd. 20 Nr. 7; Wolff a. a. O. S. 387.

26) Mühlenbruch, Lehrbuch der Pandekten II § 340.

27) So l. 2 § 1 und § 3 D. 2,11; l. 69 D. 45,1.

28) a. a. O. S. 281.

29) v. Vangerow a. a O. § 614 Anm. 5; Schleipen, a. a. O. S. 37; Wolff, mora S. 38 ff.

30) Pandekten II, § 46 S. 129.

daß „die Strafe nicht verfällt, wenn die verpönte Nichtleistung in Gründen, die außerhalb des Schuldners und seiner Person liegen, ihre Ursache hat.“[31] Das Reichsgericht hat dahin entschieden, „daß der Mangel an Verschuldung nur als Befreiungsgrund von dem Eintritte der Konventionalstrafe in Frage kommen kann.[32]

Wenn der Berechtigte an der Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit selbst Schuld trägt, so ist die Konventionalstrafe zwar ipso iure verwirkt, der Schuldner kann der Klage aber die exceptio doli entgegensetzen und braucht die Strafe nicht zu zahlen.[33] Die Klage auf die Strafe, in den Quellen actio ex stipulatu genannt, sobald die Stipulationsform gewählt war, und als Klage aus dem Hauptkontrakte bezeichnet, sobald ein giltiges pactum adiectum vorlag, trägt im späteren gemeinen Recht keine besondere Benennung.

II. Des weiteren soll die Frage erörtert werden, wann beim Reugeldvertrage der Berechtigte seine Wahl zwischen Erfüllung und Rücktritt gegen Reugeld ausüben muß.

Es ist zunächst der Satz an die Spitze zu stellen, daß ein Reugeld nur bei willkürlichem Rücktritt verfällt, also nicht, wenn der Vertrag z. B. durch Einigung beider Kontrahenten rückgängig wird oder aus gesetzlichen Gründen seine Gültigkeit verliert.

Dieser willkürliche Rücktritt ist aber insofern nicht vollkommen in die Macht des Berechtigten gestellt, als das Interesse des Verkäufers zeitlich Gewißheit darüber verlangt, ob der Kauf bestehen soll, oder rückgängig

31) Ebenso Sprenger, a. a. O. S. 678 f. und Neuhaus a. a. O. S. 34.
32) RGE. Bd. 20 Nr. 7.
33) l. 112 § 3 D. 45,1; l. 8 D. 22,2.

gemacht wird. Aus diesem Grunde werden daher die Kontrahenten in den meisten Fällen eine Frist verabreden, innerhalb welcher allein das Reurecht statthaft sein soll. Bei dieser Fristbestimmung sind sie an keinerlei Schranken gebunden, ja es ist zulässig, daß dem Berechtigten das Reurecht „in perpetuum" zugesprochen wird[34] (l. 31 § 22 D. 21,1: si vero convenerit, ut in perpetuum redhibitio fiat, puto hanc conventionem valere). Ist nun eine solche Frist, spatium deliberandi, gesetzt, so muß das Rücktrittsrecht ausgeübt werden innerhalb dieser Frist, und findet nach Ablauf derselben nicht mehr statt. Ob der Rücktritt gewählt wird oder das Geschäft bestehen bleiben soll, braucht nicht etwa ausdrücklich erklärt zu werden, auch Stillschweigen oder konkludente Handlungen können einen Schluß zulassen auf den Willen des Rücktrittsberechtigten. Es genügt z. B. daß der Berechtigte mit der Erfüllung beginnt, um zu zeigen, daß er die Erfüllung gewählt hat. Ist ihm z. B. der Gegenstand des Vertrages schon ausgeliefert und trifft er über diesen weitere Dispositionen, so wird man darin meistens einen Verzicht auf den Rücktritt sehen müssen. Vermutet wird dieser Verzicht jedoch nicht, wenn der Gegenstand nur verpfändet wird.[35] Hat er einmal seinen Rücktritt erklärt, so ist ein Widerruf unwirksam,[36] auch kann er sich dann nicht darauf berufen, daß die Frist noch nicht abgelaufen sei, und er sich doch erst am letzten Tage darüber schlüssig zu machen brauche, was er wählen wolle.

34) Glück, a. a. O. Bd. 16 § 1000; Sintenis II § 101.

35) Wendt, die Reuverträge S. 79; l. 21 § 1; l. 43 § 8; l. 47 pr. D. 21,1; l. 3,4 pr. D. 20,6.

36) ein ius variandi besteht also nicht. l. 11 § 5 D. de legatis III.

Ist die Frist abgelaufen ohne eine Erklärung des Wahlberechtigten, so ist damit der Vertrag nicht etwa aufgehoben, sondern es wird präsumiert: er habe die Erfüllung gewählt, wenn diese für den Gegenkontrahenten vorteilhafter ist und die Parteien für diesen Fall nichts Anderes verabredet haben.

Ist nun für den Rücktritt eine Frist nicht vereinbart, so findet nach der überwiegenden Meinung[37] [38] eine s. g. actio redhibitoria Platz, bei welcher die Ausübung des Wahlrechts durch die Ädilen subsidiär auf eine Frist von 60 dies utiles festgesetzt ist. Eine Überschreitung dieser Frist ist nach Holzschuher[39] jedoch zulässig, wenn wichtige Gründe für das Unterlassen der Wahl vorliegen. Gegen die Anwendbarkeit dieser Frist von 60 Tagen wendet sich Eck[40] und behauptet, daß die Zeit vom Richter frei bemessen werden könnte. Ebenso Windscheid,[41] welcher es aber auch dem Ermessen der Parteien überläßt, eventuell die Grundsätze des ädilicischen Edikts über die Redhibition zur Anwendung zu bringen, wobei dann der Rücktritt binnen 60 Tagen erklärt werden muß. Schließlich ist noch behauptet worden, es könnte mit der actio emti 30 Jahre lang geklagt werden.

Tritt der Berechtigte nicht zurück, so bleibt der Hauptvertrag gültig. Das nur versprochene Reugeld wird dann natürlich nicht bezahlt; das beim Vertragsabschluß hingegebene Reugeld muß der Verkäufer dem

37) z. B. Sintenis II § 101; Puchta § 263; Glück Bd. 16 § 1000; Wendt, a. a. O. S. 97.

38) l. 31 § 22 D. 21,1.

39) a. a. O. III S. 834; l. 31 § 23 D. 21,1; l. 4 C. 4,58 l. 4 § ult. D. 18,3; l. ult. D. eod

40) In Holtzendorffs Rechtslexikon unter „Rücktritt vom Vertrage."

41) Windscheid-Kipp 1900 Bd. II S. 320; Arndts a. a. O. § 249.

Käufer zurückerstatten resp. auf die Leistung anrechnen und haftet für etwaige Verschlechterungen oder den Untergang des Reugeldes. Verweigert er die Rückerstattung, so kann er mit der condictio ob causam finitam belangt werden.

Tritt aber der Nicht-Wahlberechtigte zurück, so ist schon aus Billigkeitsrücksichten dafür zu halten, daß er nunmehr das Reugeld zahlt, resp. das beim Vertragsabschlusse gezahlte Reugeld doppelt zurückvergütet.[42] Das ALR.[43] bestimmte, daß in diesem Falle das gezahlte Reugeld nur einmal ersetzt werden sollte, und würde demnach analog beim nur versprochenen der zurücktretende Gegner ohne weiteres vom Vertrage abgehen können.

Es fragt sich nun, wer beim Reugeldvertrage die Gefahr einer Verschlechterung oder des völligen Untergangs der Sache trägt. Handelt es sich um einen unbedingten Spezieskauf, so trägt natürlich der Käufer die Gefahr auch hier von der Einigung über Ware und Preis an, während beim bedingten Spezieskauf den Käufer die Gefahr der Verschlechterung, den Verkäufer die Gefahr des Unterganges der Sache trifft. Handelt es sich um einen Genuskauf, so geht die Gefahr auf den Käufer erst über, „si id, quod venierit, appareat, quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit."

Zweifelhaft wird die Entscheidung über die Gefahrtragung dagegen, sobald der Käufer von seinem Rücktrittsrechte Gebrauch machen und das Reugeld zahlen will.

42) Bruns, Syrisch-Römisches Rechtsbuch S. 218 will diese Konsequenz nicht gelten lassen; und auch sonst ist sie bestritten worden.

43) ALR. I, 5, § 214.

Was zunächst die bloße zufällige Verschlechterung anbetrifft, so ist es unbestritten, daß diese auf das Rücktrittsrecht von keinem Einfluß ist, und daß daher der Verkäufer, wenn der Käufer den Rücktritt wählt, trotzdem die verschlechterte Ware zurücknehmen muß. Denn da es dem Käufer ja vollkommen freisteht, beim Vertrage zu bleiben oder das Reugeld einzubüßen, so ist nicht einzusehen, weshalb er gezwungen werden sollte, die Erfüllung zu wählen, nur weil sich der Gegenstand der Leistung durch Zufall verschlechtert hat.

Ebenso gestaltet sich die Entscheidung, wenn die Sache durch Zufall teilweise oder ganz untergegangen ist. Der Verkäufer hat daher den Preis selbst dann zurückzuerstatten, wenn er wegen zufälligen Untergangs der Sache nichts dagegen erhält.[44] So l. 31 § 11, l. 38 § 3 D. 21,1 („mortuus redhibetur").

Wenn nun aber durch Verschulden des Käufers die Sache verschlechtert oder untergegangen ist,[45] so kommt zunächst der Wille der Parteien wegen der Möglichkeit des Rücktritts in Betracht. Haben diese sich aber darüber nicht verständigt, so halte ich dafür, daß der Verkäufer im Zweifel nur verpflichtet ist, gegen Rückgabe der unversehrten Sache oder vollen Ersatz des Wertes den Preis zu erstatten.

Der Käufer kann also, wenn ihm die Ware bereits übergeben ist und diese durch sein Verschulden verschlechtert wird oder untergeht, nicht mehr zurücktreten.

44) Windscheid II § 394 Nr. 2; Wendt a. a. O. S. 110 ff. And. M. Vangerow a. a. O. § 635 II. B; Bechmann, a. a. O. II S. 551.

45) Weder Wendt noch Bechmann behandeln den Fall, daß die Sache durch ein Verschulden des Berechtigten zu Grunde geht.

§ 10. 2. Im neuen Reichsrecht.

I. Über die Verwirkung der Vertragsstrafe bestimmt BGB. § 339:

„Verspricht der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, daß er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, die Zahlung einer Geldsumme als Strafe, so ist die Strafe verwirkt, wenn er in Verzug kommt. Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt die Verwirkung mit der Zuwiderhandlung ein."

Das BGB. legt also in dem Falle, wo ein „Thun" geschuldet wird, das Hauptgewicht darauf, daß der Schuldner in Verzug kommt. Für den Eintritt dieses Verzuges ist erforderlich, einmal Fälligkeit der Forderung, ferner Mahnung von Seiten des Gläubigers[2] und schließlich Verschulden[3] des Schuldners. „Der Mahnung steht die Erhebung der Klage auf die Leistung, sowie die Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren gleich." Den gemeinrechtlichen Satz: „dies interpellat pro homine" hat auch das BGB. beibehalten.

Mangels einer für die Leistung bestimmten Frist tritt nach § 271 Abs. 1[4] die Fälligkeit der Forderung sofort mit Begründung der Verbindlichkeit ein, jedoch muß dem

1) Vgl. zu diesem Abschnitt: Endemann, Einführung Bd. I, S. 602; Cosack, Lehrbuch d. bürgerl. Rechts I S. 328; Dernburg, a. a. O. S. 228; Matthiaß, Lehrbuch des bürgerl. Rechts I § 89 S. 403 ff.

2) BGB. § 284.

3) BGB. § 285.

4) „Ist eine Zeit für die Leistung weder bestimmt, noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken."

Schuldner ein modicum tempus bewilligt werden. Was nun das Verschulden des Schuldners anbetrifft, so hat dieser immer Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten.[5] Dazu kommen dann noch viele vom Gesetz einzeln aufgestellte Fälle der Vertretungspflicht. Auch ohne Verschulden haftet der Schuldner, wenn der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt ist, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist. Durch das nachträgliche Unmöglichwerden der Leistung infolge eines vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstandes wird der Schuldner von seiner Verbindlichkeit zur Leistung frei,[7] und infolgedessen fällt auch seine Verbindlichkeit zur Strafe weg, ebenso, wenn die Leistung durch Verschulden des Gläubigers selbst unmöglich wird, oder wenn dieser mit der Empfangnahme der Leistung im Verzug ist.[8]

Besteht dagegen die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so ist nicht Verschulden Voraussetzung der Verwirkung. Die Strafe ist mit der Zuwiderhandlung verfallen, auch wenn der Schuldner Entschuldigungsgründe darthun kann.[9] Die abweichende Begründung dieses Falles wird, wie die Motive[10] sagen, gerechtfertigt

5) § 276.
6) § 279.
7) § 275.
8) § 293. Motive II S. 278 zu § 423.
9) Dernburg, a. a. O. S. 229 meint, „daß die Strafe wenigstens dann nicht verfällt, wenn der Gläubiger selbst die Zuwiderhandlung verschuldet, ferner wenn diese durch höhere Pflichten geboten war, z. B. auf Befehl eines Oberen, den man schlechthin zu gehorchen hatte, oder behufs Rettung eines Menschen." Ebenso Szkolny-Caro a. a. O. S. 389 Nr. 3 b.
10) Zu § 422 Bd. II S. 278.

durch die Annahme, daß bei der Verbindlichkeit zu einem Unterlassen eine „Garantieübernahme des Schuldners" der mutmaßlichen Absicht der Vertragsschließenden entspreche.

II. Die Verwirkung des Reugeldes hängt allein vom Willen des Berechtigten ab. Will dieser zurücktreten, so muß er das Reugeld Zug um Zug bei seiner Rücktrittserklärung bezahlen.[11] Thut er dies nicht, und weist infolgedessen der Gläubiger die Erklärung unverzüglich zurück, so kann er dennoch sein Reurecht retten, wenn er nun noch ohne schuldhaftes Verzögern das Reugeld erlegt. Die unbegründete Zurückweisung des Reugeldes vermag die Wirksamkeit der mit seiner Zahlung verbundenen Erklärung nicht aufzuheben. Der Annahmeverzug steht hier der Leistung gleich. Haben die Parteien zur Ausübung des Rücktritts eine Frist vereinbart, so erlischt das Reurecht mit dem Ablaufe dieser Frist. War jedoch keine Frist verabredet, so „kann dem Berechtigten von dem anderen Teile für die Ausübung des Rücktrittsrechts eine angemessene Frist gesetzt werden."[12] Das Rücktrittsrecht erlischt auch hier, wenn nicht der Rücktritt vor dem Ablaufe der Frist unter gleichzeitiger Zahlung des Reugeldes erklärt wird.[13] War das Reugeld schon beim Vertragsschlusse bezahlt, so genügt natürlich eine einseitige, empfangs-

11) BGB. § 359. Das gilt auch für den Fall, daß das Reugeld auf ein Unterlassen gesetzt war.

12) Der I. Entwurf setzte für den Fall, daß die Parteien nicht selbst eine Frist vereinbart hatten, eine Präklusivfrist fest. Motive II, S. 284. — Nach ALR. war die Wandlung nur statthaft, falls der Erwerber die Sache in demselben Zustande, in welchem er sie empfangen hat, zurückgeben kann.

13) BGB. § 355.

bedürftige Rücktrittserklärung, mit deren Abgabe der Rücktritt vollzogen ist. Ein Widerruf ist daher unwirksam, wenn er nicht gleichzeitig oder vor dem Empfange der Rücktrittserklärung dem Gegner zugeht.

Wenn der Schuldner weder leistete, noch seinen Rücktritt erklärte, kann der Gläubiger nicht auf das Reugeld klagen. Er hat vielmehr die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit einzuklagen und für den Fall, daß der andere Teil den Rücktritt erklärt, das Reugeld.[14]

Betreffs der Verschlechterung oder des Unterganges der schon überlieferten Sache beim Rücktrittsberechtigten ist Folgendes zu bemerken:

Geht die Sache durch Zufall unter, oder wird sie durch Zufall verschlechtert, so steht dies dem Rücktritt nicht entgegen;[15] wählt der Berechtigte also den Rücktritt, so muß ihm der Verkäufer seine Leistung zurückgewähren, während er selbst nur das Reugeld zu zahlen resp. im Stich zu lassen braucht.

Sind trotz Verschuldens des Berechtigten keine wesentlichen Verschlechterungen eingetreten, oder ist nur ein unerheblicher Teil untergegangen, so bleibt dem Berechtigten der Rücktritt offen, nur muß er den eingetretenen Schaden ersetzen.[16]

Anders ist zu entscheiden, wenn der Berechtigte eine „wesentliche Verschlechterung, den Untergang" der ganzen Sache oder eines erheblichen Teils, „oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen

14) Dernburg, Bürgerliches Recht a. a. O. S. 245.
15) BGB. § 350. So auch Motive II S. 282.
16) Fischer-Henle: BGB. Anm. 1 zu § 351.

Gegenstandes verschuldet hat".[17] In diesem Fall ist der Rücktritt ausgeschlossen. Dasselbe gilt, wenn der Berechtigte die ganze Sache „durch Verarbeitung oder Umbildung in eine Sache anderer Art umgestaltet hat",[18] oder wenn er „den empfangenen Gegenstand oder einen erheblichen Teil desselben veräußert oder mit dem Rechte eines Dritten belastet hat,[19] und wenn durch Verschulden desjenigen, welcher den Gegenstand in Folge der Verfügung erlangt hat",[20] eine wesentliche Verschlechterung, der Untergang der Sache, die Unmöglichkeit der Herausgabe oder eine Verarbeitung des Gegenstandes eingetreten ist.

In allen diesen Fällen ist der Rücktritt auch dann ausgeschlossen, wenn der Berechtigte resp. der Dritte nicht selbst die Unmöglichkeit der Herausgabe verschuldet haben, sondern die Schuld einen gesetzlichen Vertreter oder eine Person, deren sie sich bei Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten bedienen,[21] trifft.

Der Rücktritt ist jedoch nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil der Berechtigte den Gegenstand veräußert oder mit dem Rechte eines Dritten versehen hat, oder weil der Gegenstand bei dem Dritten, welcher den Gegenstand infolge der Verfügung erlangt hat, durch casus untergegangen oder verschlechtert ist. Dasselbe ist der Fall,

---

17) § 351.

18) § 352.

19) Nach gemeinem Recht gilt die Belastung mit Rechten Dritter, welche der Rücktrittsberechtigte nicht ablösen kann, als Verschlechterung des Gegenstandes, für welche er Ersatz leisten muß. Motive II S. 283 zu § 430.

20) § 353.

21) § 278.

wenn durch Verschulden des Dritten der Gegenstand nur unwesentlich verschlechtert, oder nur ein unerheblicher Teil desselben untergegangen ist; hier tritt aber wieder die Verpflichtung zur Schadensersatzleistung ein.[22]

Kap. 6. Unterschiede der Vertragsstrafe und des Reugeldes in betreff der Folgen der Verwirkung.

§ 11. I. Im gemeinen Recht.

I. Es fragt sich nunmehr, welches die Rechtsfolgen des Strafverfalles sind. Haftet der Schuldner dem Gläubiger nunmehr privativ d. h. allein aus dem Hauptanspruch oder allein aus dem Strafvertrag, oder haftet er kumulativ aus der Hauptverbindlichkeit und dem Strafversprechen, oder haftet er schließlich alternativ aus dem einen oder dem anderen?

Unter dem Ausdruck: „privatives Verhältnis von Hauptanspruch und Strafanspruch" verstehe ich, daß ausschließlich die Forderung des einen von beiden, entweder des Hauptanspruchs oder des Strafanspruchs, zulässig ist. Ein Beispiel, daß beim Strafvertrag nur der Hauptanspruch gefordert werden kann, dürfte es wohl kaum im gemeinen Recht geben; denn wozu bedarf es dann einer Strafstipulation, wenn die Parteien schon vorher ausmachen, daß doch nur der Hauptanspruch verlangt werden dürfe, oder wenn ein solcher Fall etwa durch Gesetz bestimmt ist. Es bleibt hierfür nur die Möglichkeit offen, daß die Strafstipulation nichtig war.

22) Im übrigen bleiben die Regeln des allgemeinen Rechts bestehen.

Anders verhält es sich mit der ausschließlichen Forderung der Strafe.

Dieser Erfolg tritt im römischen Rechte immer dann ein, wenn das Strafversprechen einer Stipulation beigefügt war, also im Falle der schon oben erwähnten Doppelstipulation.[1] Als Beispiel wähle ich wieder die Doppelstipulation der l. 115 § 2 D. 45,1, welche Papinian folgendermaßen formuliert: „Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes?" Es fragt sich nun, worauf hier geklagt werden kann, auf Pamphilus oder auf tantum. Paulus sagt darüber in l. 44 § 6 D. 44,7: Sed si navem fieri stipulatus sum et, si non feceris, centum, vivendum, utrum duae stipulationes sint, pura et condicionalis, et existens sequentis condicio non tollat priorem? an vero transferat in se et quasi novatio prioris fiat? quod magis verum est.[2] Nach seiner Entscheidung ist also zunächst nur die pure versprochene Leistung in obligatione; sobald aber der Schuldner mit der Erfüllung in Verzug gekommen ist, bleibt allein das sub condicione Versprochene in obligatione. Der Gläubiger kann also niemals auf die pure versprochene Leistung klagen, denn sobald er dies

1) Bei der einfachen Stipulation, die wir oben als bedingtes Versprechen charakterisiert haben — si Pamphilum non dederis, centum dari spondes? — besteht, wie gezeigt, gleichfalls nur ein ausschließlicher Anspruch auf die poena.

2) Derselbe ähnlich in l. 1 § 8 D. 35,2 und in l. 24 pr. D. 36,2.

In diesem Falle spricht man von einer „successiven Haftung", indem die Leistung „navem fieri" anfangs in obligatione sein soll, durch die Nichtleistung aber in die Stellung eines in solutione esse übergeht, um schließlich nach der litis contestatio auch diesen Platz zu verlieren. So Sjögren a. a. O. S. 78.

thut, wird die Bedingung der zweiten Obligation erfüllt und es bleibt ihm nur wieder die Klage auf die poena.[3]

Auf einem anderen Wege kommen die Juristen Ulpian, Marcellus und Julianus zu demselben praktischen Resultat. Ihre Ansichten erhellen aus: l. 1 D. 33,9 (Ulpian): Uxori suae in annos singulos penoris aliquid heres dare iussus est, si non dedisset, nummos dare damnatus est: quaeritur, an penus legata peti possit an vero solummodo sit in praestatione et, si non praestetur, tunc quantitas petatur. et si quidem semel penus sit legata, non per singulos annos, certo iure utimu, ut et Marcellus libro trigesimo nono digestorum apud Julianum notat, in praestatione esse dumtaxat penum, quantitatem vero et peti posse . . . . . quid ergo, si una summa legata sit et primo penus non sit praestita? utrum tota summa debeatur, quasi toto penoris legato transfuso, an vero quantitas primi anni aestimationis sola sit translata, dubitari potest. puto tamen sic voluntatem sequendam testatoris, ut tota summa ilico, postquam cessaverit heres dare penum uxori, praestetur, heredis indevotione coercenda. Ebenso Julianus in l. 19 pr. D. 36,2; Cum sine praefinitione temporis legatum ita datum fuerit: „uxori meae penum heres dato: si non dederit, centum dato', unum legatum intellegitur centum et statim peti potest, penoris autem causa eo tantum pertinet, ut ante litem contestatam tradita peno heres liberetur.

Da nach dem Ausspruch des Sabinus in l. 115 § 2 D. 45,1 diese Sätze des Legats analog auf die

3) v. Savigny, a. a. O. S. 277.

Doppelstipulation Anwendung finden, so ergiebt sich aus den citierten Stellen, daß die genannten Juristen, soweit es sich um die Klagbarkeit handelt, die Ansicht vertraten, es bestände überhaupt nur eine Obligation von Anfang an auf das sub condicione Versprochene, das pure Versprochene sei stets nur in solutione. In diesem Resultate stimmen sie also mit Paulus überein, und es ergiebt sich daraus, daß bei der Doppelstipulation nur das zweite Versprechen auf die poena klagbar ist, daß sich aber der Schuldner durch Leistung der Hauptverbindlichkeit bis zur Litiskontestation vor dem Strafanspruch des Gläubigers bewahren kann. Diese letzte Konsequenz wird bewiesen durch l. 84 D. 45,1: Si insulam fieri stipulatus sim et transierit tempus, quo potueris facere, quamdiu litem contestatus non sim, posse te facientem liberari placet: quod si iam litem contestatus sim, nihil tibi prodesse, si aedifices.

Ebenso kann nur auf die Strafe geklagt werden, wenn die Strafstipulation einem an sich gültigen, aber nicht klagbaren Strafvertrage beigefügt worden ist, was ja, wie wir oben gezeigt haben, z. B. bei Verträgen zu Gunsten Dritter möglich ist.

Wir sind also zu dem Resultat gekommen, daß ein privativer Anspruch nur auf die Strafe und zwar — den letzterwähnten Fall ausgenommen — auch nur bei der Doppelstipulation möglich ist. Mit dem Untergange der Stipulation im gemeinen Rechte mußte natürlich auch diese Singularität ihr Ende finden, da diese in Verbindung mit einem materiellen Vertrage nicht vorkommen kann.[4] Den Versuch von v. Vangerows[5] und

4) v. Savigny, a. a. O. S. 278.
5) Pandekten Bd. II § 285 Ziffer 4.

Windscheids[6] dieses privative Verhältnis für ihre Zeit zu retten, muß ich aus diesem Grunde mit Pergament[7] als verfehlt ansehen.

Wie nun aber, wenn das Strafversprechen einem materiellen Vertrage, z. B. einem Kaufe hinzugefügt ist? Ist hier das kumulative oder das alternative Verhältnis von Hauptanspruch und Strafanspruch als gewollt anzusehen?

Eine völlige Einigung über diese Frage ist in der Wissenschaft nicht erreicht worden. Die größte Freiheit will Windscheid[8] zulassen, indem er erklärt: es sei reine Auslegungsfrage, welches der genannten Verhältnisse im Einzelfall als vorliegend anzunehmen sei. Demgegenüber stellt die herrschende Lehre[9] mit Recht fest, daß wenigstens für das gemeine Recht die alternative Haftung als im Zweifel gewollt zu betrachten ist. Nur Wendt[10] und v. Rettebladt[11] wollen des Strafcharakters der poena wegen, welchen sie ja als den allein maßgebenden betrachten, immer auf das kumulative Verhältnis absprechen.

Wie stellen sich nun die Quellen zu dieser Streitfrage?

Es finden sich Belegstellen für beide Arten, dennoch aber dürfte es nicht schwer fallen zu beweisen, daß die

---

6) Pandekten Bd. III S. 342.

7) a. a. O. S. 79 ff.

8) Pandekten Bd. II § 285 Nr. 4.

9) v. Vangerow, a. a. O. III § 614 IV; v. Savigny, a. a. O. II S. 277; Puchta a. a. O. § 231; Dernburg, a. a. O. II § 46 S. 131 u. A. m.

10) „Rechtssatz und Dogma" a. a. O. S. 412.

11) a. a. O. S. 61 Anm. 133.

Quellen im Zweifel das alternative Verhältnis als gewollt ansehen. Zum Beweise dafür diene l. 28 D. 19,1:

Praedia mihi vendidisti et convenit, ut aliquid facerem: quod si non fecissem, poenam promisi. respondit: venditor antequam poenam ex stipulatu petat, ex vendito agere potest: si consecutus fuerit, quantum poenae nomine stipulatus esset, agentem ex stipulatu doli mali exceptio summovebit: si ex stipulatu poenam consecutus fueris, ipso iure ex vendito agere non poteris nisi in id, quod pluris eius interfuit id fieri.

In dieser Stelle ist also klar das Prinzip ausgesprochen: Ist einem materiellen Vertrage eine Strafstipulation zugefügt, und der Vertrag wird nicht gehalten, so steht es dem Gläubiger frei, entweder mit der Kontraktsklage auf die Erfüllung oder mit der actio ex stipulatu auf die Strafe zu klagen. Beide Klagen nebeneinander stehen ihm nicht zu; denn er soll nichts Doppeltes erhalten. Klagt er zuerst auf die Erfüllung und strengt dann noch die actio ex stipulatu an, so schützt der Schuldner die exceptio doli vor, und der Gläubiger wird abgewiesen; verlangt er anderseits zuerst mit der actio ex stipulatu die Strafe und will nach Erlangung derselben noch auf die Erfüllung klagen, so muß ihn der iudex, da es sich um einen bonae fidei-Kontrakt handelt, ipso iure abweisen.[12] Wenn aber die beiden Klagen nicht auf denselben Betrag lauten, und der Gläubiger hat diejenige zuerst angestrengt, die ihm weniger einbringt, so steht dem nichts im Wege,

12) Bonae fidei contractibus exceptio doli inest.

daß er nunmehr noch aus der anderen, ergiebigeren Klage den Mehrbetrag nachfordert.[13] Dies bezeugen außerdem noch l. 41 D. 17,2: Si quis a socio poenam stipulatus sit, pro socio non aget, si tantundem in poenam sit, quantum eius interfuit, und weiter:

l. 42 eod.: Quod si ex stipulatu eam consecutus sit, postea pro socio agendo hoc minus accipiet poena ei in sortem imputata.

Wenn beide Klagen gleich ergiebig sind, so wird der Gläubiger von selbst die actio ex stipulatu auf die Strafe anstrengen, da er diese Stipulation gerade eingegangen ist, um sein Interesse zu fixieren; ist es ihm dagegen möglich ein höheres Interesse nachzuweisen, so wird er noch jetzt mit der Kontraktsklage sein nachweisbares Interesse einklagen, muß sich aber natürlich die Summe abziehen lassen, die er aus der actio ex stipulatu erlangt hat. Die poena fixiert eben, wie wir schon oben gesehen haben, nur das Schadensminimum, die Geltendmachung eines höheren Schadens ist nicht ausgeschlossen.

Noch viele andere Stellen des Corpus iuris beweisen, daß die Römer im Zweifel das alternative Verhältnis als gewollt ansehen. Hier seien nur noch folgende erwähnt:[14]

l. 4 § 7 D. 44,4: Labeo ait, si de homine petito secundum actorem fuerit iudicatum et iussu iudicis satisdatum sit hominem intra certum diem tradi, et, si traditus non fuisset, poenam stipulatus sit, petitorem, qui et hominem vindicat et poenam petit,

13) Pergament, a. a. O. S. 26 f.
14) Vgl. auch l. 10 § 1 D. 2,14; l. 40 C. 2,4.

exceptione esse repellendum: iniquum enim esse et hominem possidere et poenam exigere; und

l. 12 § 2 D. 23,4: Si mulier pacta sit, ne amplius quam pars dimidia dotis a se petatur et poenam stipulata sit, Mela ait alterutro eam contentam esse oportere: vel exceptione pacti et acceptam facere poenae obligationem, vel si ex stipulatu agat, denegandam ei exceptionem.

Aus den bisher angeführten Stellen folgt unmittelbar[15]:

1. Wenn die Konventionalstrafe gegen Verzögerung der Hauptleistung oder gegen etwaige Mängel derselben sichern soll, so kann sie neben der Hauptleistung eingefordert werden, aber so, daß der Gläubiger sein Interesse wegen Verzögerung und wegen Mängel nicht noch außer der Konventionalstrafe beitreiben kann;

2. wenn die Konventionalstrafe hinsichtlich der Nichterfüllung des Hauptanspruches vereinbart ist, so kann nicht beides, die Leistung und die Strafe, beigetrieben werden; es kann jedoch, nachdem der eine der Ansprüche eingeklagt oder befriedigt ist, das etwaige Mehr des anderen Anspruchs nachgefordert werden.

In beiden Teilen liegt die Alternative auf der Hand.

Wie läßt sich nun aber dieses ganz klare Prinzip mit den Quellenstellen in Einklang bringen, welche ausdrücklich die Strafforderung zugleich mit der Forderung auf Erfüllung des Hauptversprechens zulassen? Zunächst sind dies nur ganz wenige Stellen; die beiden hauptsächlichsten sollen hier angeführt werden, nämlich: l. 16 D. 2,15: Qui

15) Dernburg, Pandekten II, S. 131.

fidem licitae transactionis rupit, non exceptione tantum summovebitur, sed et poenam, quam, si contra placitum fecerit rato manente pacto, stipulanti recte promiserat, praestare cogetur, und zweitens: l. 17 C 2,4: Cum proponas ab ea, contra quam supplicas, litem quam tecum habuit transactione decisam eamque acceptis quae negotii dirimendi causa placuerat dari nunc de conventione resiluisse, ac petas vel pacto stari vel restitui data, perspicis, si quidem de his reddendis manente transactionis placito statim stipulatione, si contra fecerit, prospexisti et quinque et viginti annis maior fuit, quod exceptionem pacti et actionem datorum habeas: quod si nihil tale convenit, exceptio tibi, non etiam eorum quae dedisti repetitio competit securitate parta.[16]

In diesen Fällen würde also der Gläubiger neben seiner Klage auf Erfüllung und Interesse noch die volle Strafe einklagen können.

Eine derartige Haftung können die Parteien selbstverständlich vereinbaren, und es scheint, als hätten sie sich, um dies auszudrücken, gewisser Formeln bedient, welche auch in obigen Stellen zu finden sind, nämlich „rato manente pacto“ und „manente transactionis placito“. Es soll damit jedoch nicht gesagt sein, daß diese Formeln wesentlicher Bestandteil für die Kumulation gewesen seien, es genügt vielmehr auch stillschweigendes Übereinkommen.

16) Ähnlich setzt ein kumulatives Verhältnis voraus Papinian in l. 115 § 2 D. 45,1, wenn er sagt: .... quod sine dubio verum sit, cum id actum probatur, ut, si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur.

Dieses wird jedoch nicht vermutet, und daher gilt in Ermangelung eines Gegenbeweises die alternative Haftung als maßgebend.[17] Aber auch ohne ausdrückliche Vereinbarung soll nach v. Savigny[18] Kumulation anzunehmen sein, „wenn etwa der Betrag der Strafe, verglichen mit dem Geldwerte der Erfüllung des Hauptvertrages, so unverhältnismäßig gering ist, daß die Parteien die Strafe unmöglich als Ersatz für die Erfüllung, sondern nur als einen erhöhten Antrieb für dieselbe gedacht haben können. Je höher die Strafe, desto unwahrscheinlicher diese Auslegung des Vertrages."

Ich glaube also zur Genüge dargethan zu haben, daß im heutigen Pandektenrecht, auf welches ja nur die von den römischen Juristen für bonae fidei-Verträge aufgestellten Regeln in Betracht kommen, von einem privativen Verhältnis von Hauptanspruch und Strafanspruch nicht mehr die Rede sein kann, und daß ferner im Zweifel immer auf ein alternatives Verhältnis abzustellen ist. Damit stimmt auch die Praxis überein, wie ein Urteil des Reichs-Oberhandelsgerichts vom 9. September 1871[19] beweist, in dem es heißt: „Daß Konventionalstrafe und Hauptleistung im Zweifel nicht vereint gefordert werden können, ist gemeinrechtlicher Satz (l. 115 § 2 D. 45,1)."

II. Nunmehr ist es unsere Aufgabe, zu erläutern, welche Folgen der vollzogene Rücktritt auf das Reugeld und auf den Hauptvertrag ausübt.

17) Pergament a. a. O. S. 62.

18) a. a. O. § 80 Anm. i.

19) Seuffert's Archiv Bd. 27 Nr. 221. Ebenso Bd 3 Nr. 38 und Bd. 19 Nr. 136.

Zur Beantwortung dieser Frage müssen wir uns unsere Einteilung des Reugeldes ins Gedächtnis zurückrufen. Wir hatten vier Möglichkeiten ins Auge gefaßt, welche sich folgendermaßen gestalteten:

1. Der Hauptvertrag wurde abgeschlossen, ohne daß der gekaufte Gegenstand resp. der Kaufpreis übergeben waren, und hierbei wurde der Rücktritt vorbehalten, indem
   a) das Reugeld nur versprochen und
   b) das Reugeld gleich hingegeben wurde.
2. Der Gegenstand des Kaufes und der Kaufpreis wurden sofort mit dem Vertragsabschlusse hingegeben, und der Rücktritt vorbehalten unter
   a) dem Versprechen eines Reugeldes und
   b) unter der Hingabe eines Reugeldes.

In diesem zweiten Falle war also der Gegenstand des Kaufes resp. der Kaufpreis bereits in das Eigentum des Empfängers übergegangen — vorbehaltlich anderer Parteidispositionen. Die Folgen der Erfüllung in diesen vier Fällen haben wir schon oben dargelegt. Hier fragt es sich nun, welchen Einfluß die Wahl des Rücktritts auf diese Fälle ausübt.

Ist, wie gesagt, das Geschäft eben wegen des Vorbehalts des Rücktritts vorläufig unausgeführt geblieben, so bedarf es zur Realisierung des Rücktritts nichts weiter als der einfachen Erklärung des Klägers, welche den bis dahin zuständigen Erfüllungsklagen ihre Wirksamkeit entzieht und damit vollständige Erledigung und Abwicklung der Angelegenheit schon erreicht.[20] Der Erklärende muß natürlich nunmehr das Reugeld bezahlen resp. das gezahlte preisgeben.

20) Wendt, die Reuverträge § 8 S. 121 f.

Anders ist aber die Sachlage dann, wenn der Kauf schon perfekt, d. h. Kaufgegenstand und Kaufpreis schon ausgetauscht waren vor Vollzug des Rücktritts. Hier kann natürlich eine einfache Erklärung nicht genügend sein zur Rückübertragung, und wir wollen nunmehr untersuchen, auf welche Weise diese bewirkt werden kann.

Hier setzt nun jene Kontroverse ein, die wir schon oben streiften: wirkt der Rücktritt wie das Eintreten einer Resolutivbedingung, d. h. vernichtet er den Vertrag mit rückwirkender Kraft, als wenn er niemals geschlossen wäre, mit anderen Worten, hat er ipso iure Rückfall des Eigentums und dingliche Bindung zur Folge? Oder hat er nur einen obligatorischen Restitutionsanspruch nach Analogie der Wandlungsklage ausgelöst?

Ich stehe nicht an, die letztere, rein obligatorische Wirkung für die annehmbarere zu erklären; das würde also heißen, daß der Verkäufer erst mit der wirklichen Restitution der Sache wieder zum Eigentümer wird. Nehmen wir den Fall an, der Käufer hätte den Gegenstand an einen Dritten weiter veräußert und erklärte nunmehr den Rücktritt:[21] Was würde nun die Folge sein, wenn sogleich mit der Erklärung das Eigentum an den Verkäufer ipso iure zurückfiele? Dieser würde mit der rei vindicatio dem Dritten wider dessen Willen den Gegenstand entreißen, und der Dritte könnte nun versuchen, auf welche Weise er vom Rücktrittsberechtigten Ersatz erhielte. Träte aber der Rückfall des Eigentums erst mit der Restitution an den Verkäufer ein, so könnte

21) Wie wir oben gezeigt haben, steht die bloße Weiterveräußerung der Sache der Rücktrittserklärung nicht im Wege.

der Dritte einfach dem Berechtigten die Rückveräußerung des Gegenstandes verweigern, und diesem bliebe der Rücktritt verwehrt. Ebenso stände es in beiden Fällen, wenn der Berechtigte die Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet hätte. Aus Billigkeitsrücksichten allein schon müßte man demnach geneigt sein, nur obligatorische Wirkungen eintreten zu lassen.

Daß der Rücktritt des Käufers sein Eigentum noch nicht zerstört und auch nicht Belastungen oder Pfandrechten an der Sache ipso iure den Boden entzieht, sprechen auch die Quellen ganz klar aus. So sagt Ulpian in l. 3 D. 20,6: . . . quamquam, ubi sic res distracta est, nisi emtori displicuisset, pignus finiri non putet.[22] Ebenso wie das Eigentum nicht von selbst zurückfällt, so erlöschen auch die vom Käufer an der Sache bestellten dinglichen Rechte nicht von selbst. Der Käufer muß diese daher erst tilgen, ehe er die Sache dem Verkäufer zurückgeben kann, andernfalls braucht sie der Verkäufer nicht anzunehmen.[23] Dies bezeugt l. 43 § 8 D. 21,1: Pignus manebit obligatum, etiamsi redhibitus fuerit servus: quemad modum, si eum alienasset aut usum fructum eius, non recte redhibetur nisi redemtum, sic et pignore liberatum redhibetur.[24]

Ich muß mich aber dagegen verwahren, als sollte mit der obigen Beweisführung eine dingliche Wirkung überhaupt für unmöglich erklärt werden. Wenn die Parteien es vereinbaren, so kann natürlich auch dingliche

22) Auf diese Frage geht näher ein Dernburg, das Pfandrecht Bd. I S. 215 ff

23) Siehe dazu Bechmann, der Kauf, Bd. II S. 548.

24) Ähnlich l. 21 § 1 D. 21,1.

Wirkung eintreten, nur ist diese im Zweifel nicht zu vermuten.

Nachdem wir so gesehen haben, daß das Eigentum nur durch Restitution zurückübertragen werden kann, müssen wir weiter untersuchen, welche Klagen den Parteien für diese Restitution zu Gebote stehen für den Fall, daß sie sich nicht gutwillig einigen.

Dies ist zunächst die Kontraktsklage selbst, wie dies Sabinus anerkennt in l. 6 D. 18,5: Si convenit, ut res quae venit, si intra certum tempus displicuisset, redderetur, ex emto actio est, ut Sabinus putat, aut proxima emti in factum datur. Dasselbe besagt l. 11 § 3 D. 19,1 von Ulpian: Redhibitionem quoque contineri emti iudicio et Labeo et Sabinus putant et nos probamus.

Daß neben dieser actio emti und actio in factum auch gemäß l. 31 § 22 ff. D. 21,1 die actio redhibitoria zuständig ist, wurde bereits gesagt. Der Käufer klagt ausschließlich „de reciperando pretio, nachdem er die Ware zur Disposition gestellt hat und sich zur Rückgabe bereit erklärt.“[25]

Wir wollen noch kurz erwähnen, daß beim Reugeldvertrag von einer alternativen oder kumulativen Haftung nicht die Rede sein kann, das einzig Mögliche ist die privative Haftung — wenn man dies so nennen will. Der Verkäufer kann nämlich ausschließlich auf die Erfüllung klagen, während es dem Käufer frei steht, durch Zahlung des Reugeldes zurückzutreten. Hat der

25) Wendt, a. a. O. S. 123.

Käufer den Rücktritt erklärt, ohne jedoch das Reugeld zu zahlen, dann steht dem Verkäufer nunmehr auch die Klage auf das Reugeld zu. Hat er seinerseits dem Käufer schon geleistet, so kann er neben der Forderung auf das Reugeld die Rückgabe seiner Leistung verlangen mit der Bereicherungsklage.[26] [27]

§ 12. 2. Im neuen Reichsrecht.

I. Im BGB. ist bei Feststellung der Folgen des Strafverfalls geschieden zwischen der Strafe bei Nichterfüllung und bei nicht gehöriger Erfüllung, und die Folgen sind auch verschiedene, je nachdem eine Geldstrafe oder eine andere Leistung versprochen war.

Wenden wir uns zunächst dem Falle zu, daß eine Geldstrafe auf die Nichterfüllung gesetzt war. Hierzu bestimmt das Gesetz im § 340:

---

26) Nach Gruchot (Bd. II S. 158) soll der Gläubiger die Klage alternativ stellen: auf Erfüllung des Vertrages oder nach Wahl des Schuldners auf Zahlung der Wandelpön. Ebenso Erkenntnisse des Ober-Appellationsgerichts Kassel in Strippelmanns Sammlung Teil V S. 82b. A. M.: Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. II § 42.

27) Noch eine andere Entscheidung trifft Koch, Recht der Forderungen § 115 II S. 371: „Die Klage soll gestattet werden lediglich auf Zahlung der Strafe, doch soll dadurch dem Beklagten noch nicht das Wahlrecht genommen, sondern ihm freigestellt werden, sich excipiendo zur Erfüllung zu erbieten. Geschieht dies, so soll der Richterspruch zwar auf Erfüllung ausfallen, der Beklagte aber doch in die Kosten verurteilt werden, wenn der Kläger nicht unberechtigten Widerspruch gegen das Erbieten erhebt." Damit wären wir wieder bei der Gleichstellung von Vertragsstrafe und Reugeld angelangt!

„Hat der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen, daß er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe statt der Erfüllung verlangen. Erklärt der Gläubiger dem Schuldner, daß er die Strafe verlange, so ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen. Steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu, so kann er die verwirkte Strafe als Mindestbetrag des Schadens verlangen. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen."

Der Gläubiger hat also die Wahl, ob er auf Erfüllung der ursprünglichen Verbindlichkeit bestehen bleiben oder anstatt derselben Zahlung der Strafe fordern will. Es handelt sich hier also um eine facultas alternativa, nicht um eine obligatio alternativa,[1] denn bei dieser gilt die gewählte Leistung als die von Anfang an allein geschuldete,[2] und die erklärte Wahl ist unwiderruflich, auch könnte der Schuldner dem Gläubiger eine Frist zur Erklärung der Wahl setzen. Dies alles paßt auf unseren Fall nicht. Die facultas alternativa des Gläubigers bleibt bestehen, auch wenn er erklärt, daß er auf Erfüllung der Hauptverbindlichkeit beharre; er hat solange einen Anspruch auf die Strafe, als die Erfüllung nicht erfolgt und angenommen ist. Erst die Annahme der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit befreit

1) „Der 1. Entwurf vertrat noch den Standpunkt, daß dem Gläubiger eine alternative Obligation zustehe mit allen sich daraus ergebenden Konsequenzen, welche den Schuldner günstiger stellten, als der § 340 BGB. Siehe dazu die Begründung der Motive II, S. 276; Sprenger, a. a. O. S. 666; Düringer-Hachenburg, a. a. O. S. 244.

2) BGB. § 263 Abs. 2.

den Schuldner von seiner eventuellen Verpflichtung zur Strafleistung. Hat der Schuldner nur teilweise erfüllt, so erlischt daraufhin das Recht auf die ganze Strafe nicht.[3] Denn auch die nur teilweise Nichterfüllung ist eine Nichterfüllung. Fraglich bleibt es nur, ob der Gläubiger, wenn er sich für die Strafe entscheidet, diese Teilleistung zurückgeben muß,[4] oder ob er diese behält.[5] Dies läßt sich nicht im allgemeinen entscheiden, es muß hier der Parteiwille den Ausschlag geben.

Hat der Gläubiger sich für die Strafe entschieden, so ist der Anspruch auf Erfüllung endgültig ausgeschlossen, er kann nur noch die Strafe verlangen.[6] Ein Fall, in dem der Gläubiger gesetzlich auf die Strafe beschränkt ist, liegt vor bei der Übertretung einer Konkurrenzklausel, für deren Befolgung eine Vertragsstrafe verabredet war.[7] In diesen beiden Bestimmungen kann man wohl von einem privativen Verhältnis von Hauptanspruch und Strafanspruch sprechen analog dem für das gemeine Recht oben Festgestellten.

Ist an die Stelle des Anspruches auf Erfüllung ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung getreten, so kann der Gläubiger, ebenso wie im gemeinen Recht, die verwirkte Strafe als Mindestbetrag des Schadensersatzes verlangen und das eventuelle Plus

---

3) Planck, Kommentar zum BGB. II Anm. 1 zu § 340. Motive II, S. 277.

4) Planck, eod.; Lehmann-Ring, a. a. O. II. S. 27 Nr. 6.

5) Staub, Kommentar zum HGB. II Anm. 14 zu § 348.

6) Die Geltendmachung eines weiteren Schadens soll indessen nicht ausgeschlossen sein. Motive II S. 275 f.

7) HGB. § 75 Abs. 2. Dieser ist oben bereits eingehend besprochen.

seines wahren Schadens nachfordern.[8] Ein Verlangen von Strafe und vollem Schadensersatz ist nur dann zulässig, wenn es die Parteien besonders vereinbart haben.

Wählt der Gläubiger wegen Nichterfüllung seitens des Schuldners den Rücktritt vom Vertrage, so kann er in der Regel nicht auch noch die Vertragsstrafe fordern. Diese vertritt den Schadensersatzanspruch des Gläubigers, ein solcher aber ist gemäß § 327 neben dem Rücktritte regelmäßig ausgeschlossen.[9] Besteht die Strafe in einer anderen Leistung, so bleibt es bei den aufgestellten Regeln, der Anspruch auf Schadensersatz fällt jedoch für den Gläubiger fort, wenn dieser die Strafe gefordert hat;[10] er kann also auch nicht neben der Strafe noch einen eventuellen Schaden geltend machen. Dagegen kann er, wenn er Schadensersatz verlangt, immer noch, solange er diesen nicht erhalten hat, die Strafe verlangen.

Die zweite Möglichkeit ist die, daß die Strafe für den Fall nicht gehöriger Erfüllung versprochen wird. Hierüber handelt BGB. § 341:

„Hat der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen, daß er seine Verbindlichkeit nicht in gehöriger Weise, insbesondere nicht zu der bestimmten Zeit erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe neben der Erfüllung verlangen.

8) Abweichend vom gemeinen Recht und BGB fixierte die Vertragsstrafe des preußischen Rechts das Schadensmaximum, die Forderung eines höheren Interesses war unstatthaft. ALR. I, 5, § 293.

9) Motive Bd. II, S. 276. Meisner, a. a. O. Anm. 3 zu § 340.

10) § 342.

Steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen der nichtgehörigen Erfüllung zu, so finden die Vorschriften des § 340 Abs. 2 Anwendung.

Nimmt der Gläubiger die Erfüllung an, so kann er die Strafe nur verlangen, wenn er sich das Recht dazu bei der Annahme vorbehält."

Hier kann also der Gläubiger die Erfüllung und die Strafe verlangen. Eine Vereinbarung der Strafe für den Fall nicht gehöriger Erfüllung kann geschlossen sein entweder generell auf jede nicht gehörige Erfüllung oder speziell auf eine nicht gehörige Erfüllung bestimmter Art. Im letzten Fall beschränkt sich dann die Vertragsstrafe auf den Fall der Verletzung der Hauptverbindlichkeit nach dieser Richtung hin; geschieht die Verletzung in anderer Art, als der verabredeten, so ist der Gläubiger wegen Ausgleichung seines Schadens auf die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften angewiesen und kann nicht etwa die Strafe fordern. Aber nicht immer wird im praktischen Leben die Erfüllung noch neben der Strafe verlangt werden, besonders bei nicht rechtzeitiger Erfüllung. Hat sich z. B. jemand die Lieferung des Brautbouquets zu 3 Uhr unter einer Vertragsstrafe versprechen lassen, und dieses wird nicht zur Zeit überbracht, so hat eine spätere Erfüllung, z. B um 8 Uhr, keinen Wert mehr, und es wird daher nur die Strafe und eventuell Schadenersatz verlangt werden.

In betreff der teilweisen nicht gehörigen Erfüllung verhält es sich ebenso, wie bei der teilweisen Nichterfüllung.

Steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen der nicht gehörigen, besonders der nicht

rechtzeitigen, Erfüllung zu, so finden die oben für den Fall des Schadensersatzanspruches bei gänzlicher Nichterfüllung aufgestellten Regeln Platz, wobei wieder zu beachten ist, daß bei anderer, als Geldleistung, der Anspruch auf Schadensersatz ausgeschlossen ist, wenn der Gläubiger die Strafe verlangt.

Nimmt aber der Gläubiger die nicht gehörige Erfüllung an, so soll er sein Recht, die Strafe fordern zu dürfen, verlieren, wenn er sich dieses nicht bei der Annahme vorbehält.[11] Diese Vorschrift ist positiver Natur. Wie dieser Vorbehalt zum Ausdruck kommt, ist unerheblich, er kann ausdrücklich, stillschweigend, ja sogar bedingt erfolgen.[12] Dernburg[13] hält es auch für zulässig, daß der Vorbehalt vor Annahme der Hauptleistung erklärt wird, wenn nur anzunehmen ist, daß der Gläubiger diesen durch die stillschweigende Annahme nicht widerrufen wollte. „Auch ein Vorbehalt nach Verfall der Strafe und vor Annahme der Erfüllung muß genügen."[14][15]

---

11) Für das gemeine Recht galt dies nicht: die vorbehaltlose Annahme einer verspäteten Leistung schloß einen Verzicht auf die vereinbarte Strafe nicht in sich. Sprenger a. a. O. S. 668; Wolff, Lehre von der mora S. 320 ff.; Stobbe a. a. O. Bd. III S. 150; l. 10 D. 13,4; l. 6 § 2 D. 18,3; l. 8 C 4,32; l. 23 pr. D. 4,8.

12) Dernburg, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, a. a. O. S. 231; Endemann, a. a. O. I, § 133 Nr. 7.

13) Dernburg, eodem S. 231; Düringer-Hachenburg, a. a. O. S. 246; Lehmann-Ring, a. a. O. S. 27 Nr. 6.

14) Fischer-Henle, Anm. 4 zu § 341. — And. M. Düringer-Hachenburg, a. a. O. S. 246.

15) Szkolny-Caro, a. a. O. S. 391 Nr. 3 sprechen sich ausdrücklich dahin aus, daß Annahme der Erfüllung und Erklärung, des Vorbehalts zeitlich zusammenfallen müssen. Ebenso Endemann a. a. O. I S. 603 Anm. 7.

Der erste Entwurf (§ 421 Satz 3) enthielt noch die dem Gläubiger günstige Klausel:[16] „Die letztere Bestimmung (über den Vorbehalt) findet keine Anwendung, wenn der Gläubiger bei Annahme der Hauptleistung von seinem Recht auf die Strafleistung oder von dem Eintritte der Voraussetzungen desselben nicht unterrichtet war." Dieser Satz wurde aber später gestrichen aus der Erwägung heraus, daß die Regel über den Vorbehalt geradezu illusorisch werde, wenn man diesen beibehielt.

Es soll noch einmal darauf hingewiesen werden, daß die genannten Paragraphen des BGB. nur dispositiver Natur sind, so daß die von uns hier aufgestellten Regeln nur Geltung erlangen, wenn die Parteien nicht anderweite Vereinbarungen getroffen haben.

II. Die Folgen des Rücktritts hat das BGB. rein obligatorisch gestaltet. Die Rücktrittserklärung erzeugt nur eine „obligatio ad restituendum."[17] [18] Dieses Prinzip kommt im § 346 zum Ausdruck:

„Hat sich in einem Vertrage ein Teil den Rücktritt vorbehalten, so sind die Parteien, wenn der Rücktritt erfolgt, verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Für geleistete Dienste, sowie für Überlassung der Benutzung einer Sache ist der Wert zu vergüten, oder, falls in dem Vertrag eine Gegenleistung in Geld bestimmt ist, diese zu entrichten."

16) Scherer, Kommentar zum BGB. II zu § 341.

17) Motive II S. 281.

18) Doch auch hier können die Parteien bei Abschluß des Vertrages eine auflösende Bedingung ausdrücklich vereinbaren und dadurch dingliche Wirkungen herbeiführen.

Der Rücktritt bringt also die wechselseitige Rückgewährung der empfangenen Leistungen mit sich, und hierauf besteht eine beiderseitige klagbare, obligatorische Verpflichtung.[19] Der Käufer wird in den meisten Fällen ja nur einen Anspruch auf Rückgabe des Kaufpreises haben, während er selbst die geleistete Sache zurückgeben und „für geleistete Dienste, sowie für die Überlassung der Sache den Wert vergüten resp. die dafür vereinbarte Geldsumme entrichten muß." Demnach werden die Kontrahenten behandelt, wie Besitzer einer fremden Sache, und zwar besteht für sie schon vom Empfange der Leistung ab die strengere Haftung für jede Fahrlässigkeit, welche für den Besitzer erst mit dem Eintritte der Rechtshängigkeit beginnt,[20] da sie ja bis zur Rücktrittserklärung (resp. Zustimmung zum Geschäft) von Anfang an im Ungewissen sind, ob ihnen die geleisteten Sachen endgültig bleiben werden oder nicht; denn wüßte der Käufer schon genau, daß er die Sache behielte, so würde er sich doch nicht das Rücktrittsrecht vorbehalten haben. Diese strenge Haftung auf Rückgewähr[21] trifft sie in ihrem vollen Umfange aber nur, wenn der Grund zum Rücktritt in den Bereich ihrer Vertretungspflicht fällt, wie wir schon oben auseinander gesetzt haben. Der Berechtigte haftet also z. B. für alle Nutzungen,[22] die er gezogen hat, oder bei ordnungsmäßiger Wirtschaft hätte ziehen können, ebenso für

19) Auf die Fälle des Reugeldvertrages, bei denen die Erfüllung des Hauptvertrages noch ausgesetzt war, brauchen wir hier nicht mehr einzugehen, da sich dem gemeinen Recht gegenüber nichts geändert hat.

20) Endemann, a. a. O. S. 661.

21) § 347.

22) § 987.

Verschlechterungen, soweit diese bei Anwendung der gehörigen Sorgfalt abgewendet worden sein würden, und soweit diese nicht den Rücktritt überhaupt ausschließen; nur für notwendige Verwendungen,[23] die er auf die Sache gemacht hat, kann er vom Verkäufer nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag Ersatz fordern. Eine Geldsumme ist von der Zeit des Empfanges an zu verzinsen.[24] Die sich aus dem Rücktritt ergebenden Verpflichtungen der Parteien müssen Zug um Zug erfolgen.[25]

Kommt nun der Rücktrittsberechtigte mit der Rückleistung des empfangenen Gegenstandes oder eines erheblichen Teiles desselben — nicht aber der Leistung des Werts für geleistete Dienste und der aus der strengen Haftung entspringenden Leistungen[26] — in Verzug, so ist der Gegner berechtigt, ihm für die Rückgewähr eine angemessene Frist zu setzen mit der Erklärung, daß er die Annahme nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Erfolgt die Rückgewähr nicht vor Ablauf dieser Frist, so wird der Rücktritt unwirksam.[27]

Die Ansprüche, welche aus der Erklärung des Rücktritts erwachsen, unterliegen der dreißigjährigen Verjährung.[28] Dagegen verjährt das Rücktrittsrecht selbst nicht; denn nach dem BGB. unterliegen nur „Ansprüche" der Verjährung, und das Rücktrittsrecht ist kein „Anspruch." BGB. § 194 definiert Anspruch

23) § 994 II.
24) § 347.
25) § 348.
26) Fischer-Henle, BGB. Anm. 1 zu § 354.
27) § 354.
28) Dernburg, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, a. a. O. S. 244.

als „das Recht, von einem Anderen ein Thun oder ein Unterlassen zu fordern;“ beim Reugeldvertrage ist aber allein von der Berechtigung des einen Teils, zurückzutreten, die Rede, nicht davon, daß der andere Teil diesen Rücktritt fordern könne.

Kap. 7. Unterschiede der Vertragsstrafe und des Reugeldes in betreff der Teilbarkeit, Cessibilität und Vererblichkeit.

§ 13. 1. Im gemeinen Recht.[1]

I. Es würde zu weit führen, an dieser Stelle auf die untereinander abweichenden Theorien über Korreal- und Solidarobligationen einzugehen, wie sie vertreten werden von Keller und Ribbentrop, Wolff und Dernburg; es mag genügen, die für unsere Frage entscheidenden Ergebnisse der Quellen darzulegen. Es handelt sich darum, die Sätze über die Verteilung der Strafe zu entwickeln, wenn entweder mehrere Gläubiger auf die Strafe oder mehrere Schuldner vorhanden sind. — Solange die Strafe noch nicht verwirkt ist, gelten natürlich die gewöhnlichen Grundsätze.

Ist auf gläubigerischer Seite eine Mehrheit von Personen vorhanden, die sich die Strafe hat versprechen lassen, so können alle Gläubiger pro rata die Strafe verlangen. Dies besagt z. B. die l. 2 § 6 D. 45,1:

1) Vgl. hierüber v. Vangerow, a. a. O. § 567 I Nr. 3, Neuenfeldt, a. a. O. S. 35 ff.; v. Rettelbladt, a. a. O. S. 63 ff.

Contra autem si stipulator decesserit, qui stipulatus erat sibi heredique suo agere licere, et unus ex heredibus eius prohibeatur, interesse dicemus, utrum in solidnm committatur stipulatio an pro parte eius, qui prohibitus est. nam si poena stipulationi adiecta sit, in solidum committetur, sed qui non sunt prohibiti doli mali exceptione summovebuntur: si vero poena nulla posita sit, tunc pro parte eius tantum qui prohibitus est committetur stipulatio.[2]

Ist aber auf schuldnerischer Seite eine Mehrzahl vorhanden, so macht es keinen Unterschied, ob es sich um eine teilbare oder unteilbare Hauptverbindlichkeit handelt. In beiden Fällen ist die ganze Strafe verwirkt, wenn die Leistung infolge Verzuges nicht oder nicht vollständig erfüllt ist, und zwar müssen alle Schuldner die Strafe pro rata entrichten. Hat einer von ihnen die ganze Strafe entrichtet, so kann er Regreß nehmen auf die Mitschuldner. Zum Beweise dafür seien angeführt l. 5 § 3a D. 45,1: Si sortem promiseris et, si ea soluta non esset, poenam: etiamsi unus ex heredibus tuis portionem suam ex sorte solverit, nihilominus poenam committet, donec portio coheredis solvatur und weiter § 4 eodem: Idemque est de poena ex compromisso, si unus paruerit, alter non paruerit sententiae iudicis: sed a coherede ei satisfieri debet. nec enim aliud in his stipulationibus sine iniuria stipulatoris constitui potest.[3] Ferner l. 85 § 3 D. 45,1: Quodsi stipulatus fuero: „per te here

2) Ferner l. 3. l. 4 eodem.

3) Vgl. l. 85 § 6 D. 45,1; l. 25 § 3 D. 10,2; Schleipen, a. a. O. S. 42.

demve tuum non fieri, quominus eam agam: si adversus ea factum sit, tantum dari?" et unus ex pluribus heredibus promissoris me prohibeat, verior est sententia existimantium unius facto omnes teneri, quoniam, licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor: sed ceteri familiae erciscundae iudicio sarcient damnum.[4]

Auch bei der unteilbaren Hauptverpflichtung kann der auf die Strafe belangte Schuldner, wie sich aus dieser Stelle ergiebt, gegen die säumigen Mitschuldner Regreß nehmen.

Aus den angeführten Stellen erhellt zugleich vollkommen, daß die Konventionalstrafe sowohl aktiv, wie passiv vererblich ist, wir brauchen daher auf diese Frage nicht weiter einzugehen.[5]

Was nun die Frage der Cessibilität der Konventionalstrafe anbelangt, so ist dahin zu entscheiden, daß die Strafe als Accessorium der Hauptverbindlichkeit mit dieser zusammen stets cediert werden kann.[6] Anders liegt es jedoch, wenn die Strafe bereits verfallen ist; denn dann entsteht ein selbständiger Anspruch auf die Strafe, welcher mit der Klage auf Erfüllung konkurriert. Diesem selbständigen Anspruch muß man aber die Fähigkeit zuerkennen, auch ohne den Hauptanspruch cediert zu werden.[7]

---

4) Siehe dazu auch die bekannte Crux Crato: l. 4 § 1 D. 45,1.

5) Des Näheren sei verwiesen auf Neuenfeldt, l. c. S. 36; l. 1 § 8 D 35,1; l. 24 pr. D. 36,2; l. 19 pr. D 32,2; l. 1 pr. D. 33,9; Wolff, mora S. 201; v. Nettelbladt, a. a. O. S. 25; Sintenis, a. a. O. II, S. 120.

6) Vgl. dazu v. Nettelbladt, a. a. O. S. 66 zu Note 147.

7) Düringer-Hachenburg, a. a. O. S. 248 wollen die für die Nichterfüllung bestimmten Strafen von der Cession ausschließen. And. M.: Staub, a. a. O. Anm. 30 zu § 348 BGB.

II. Auch beim Reurecht liegt die Möglichkeit vor, daß sowohl als Verkäufer, wie als Käufer mehrere beteiligt sind: Denken wir uns z. B. den Fall, daß A von B und C ein Tandem kauft, welches in deren Miteigentum steht, und sich den Rücktritt gegen Reugeld vorbehält; oder umgekehrt, daß B und C gemeinschaftlich dieses Tandem von D kaufen. In beiden Fällen werden wir sagen müssen, daß das Reurecht nur von beiden oder gegen beide gemeinschaftlich ausgeübt werden kann, daß also das Rücktrittsrecht unteilbar ist. Dieselbe Entscheidung wäre zu treffen, wenn wir es mit einer teilbaren Leistung zu thun hätten: Das Rücktrittsrecht soll ein einheitliches sein. Ein bereits gezahltes Reugeld dürfte der Verkäufer auch nur an beide Käufer gemeinsam zurückzahlen, resp. an den einen, wenn dieser eine Vollmacht des anderen vorweisen kann.

Es ist die Behauptung aufgestellt worden,[8] das Rücktrittsrecht sei ein rein persönliches, subjektiv dingliches, sodaß weder eine Cession noch eine Beerbung möglich sei; richtiger dürfte es aber sein, mit Sintenis[9] anzunehmen, daß dies einzig und allein von den Umständen und den Vereinbarungen der Kontrahenten abhängig zu machen ist. Haben diese eine Beerbung und Cession zulassen wollen, so soll dagegen nichts einzuwenden sein. Daß natürlich das Rücktrittsrecht von der hingegebenen Sache nicht getrennt werden kann, bedarf wohl kaum der Erwähnung.

---

8) Glück, l. c. Bd. XVI § 1000, S. 229 und Holzschuher, l. c. Bd. III § 294, S. 834.

9) A. a. O. Bd. II § 101 Anm. 2.

§ 14. 2. Im neuen Reichsrecht.

I. Wie es zu halten ist, wenn mehrere Gläubiger oder mehrere Schuldner bei dem Strafvertrag beteiligt sind, darüber giebt das BGB. keine Auskunft; die Motive[1] verweisen auf die einschlägigen Bestimmungen des Gesetzbuchs (§ 420—432).

1. Mehrheit von Gläubigern.

Hierbei ist wieder zu scheiden zwischen teilbaren und unteilbaren Leistungen:

a) Haben Mehrere eine teilbare Leistung zu fordern, so ist im Zweifel jeder Gläubiger nur zu einem gleichen Anteil berechtigt.[2] Es kann daher nur der, dem gegenüber der Schuldner in Verzug gerät, eine seinem Anteile entsprechende Quote der teilbaren Strafe fordern.

b) Sind mehrere eine unteilbare Leistung zu fordern berechtigt, so können sie einmal Gläubiger zur gesamten Hand sein.[3] In diesem Falle kann der „Schuldner nur an alle gemeinschaftlich leisten, und jeder Gläubiger nur die Leistung an alle fordern. Jeder Gläubiger kann verlangen, daß der Schuldner die geschuldete Sache für alle Gläubiger hinterlegt." Ist eine solche Aufforderung ergangen, und der Schuldner dadurch in Verzug gekommen, so wird die Strafe fällig.

Ferner können aber mehrere eine unteilbare Leistung als Gesamtgläubiger[4] zu fordern haben.

---

1) Bd. II S. 277 zu § 421.
2) § 420.
3) § 432.
4) § 428.

Hier kann jeder Gläubiger die ganze Leistung fordern, der Schuldner ist aber nur einmal die Leistung zu bewirken verpflichtet, wobei er nach Belieben an jeden der Gläubiger leisten kann. Erst, wenn er an keinen derselben erfüllt, kommt er in Verzug und bewirkt dadurch den Verfall der Strafe.

2. Mehrheit von Schuldnern.

Schulden Mehrere eine teilbare Leistung, so ist im Zweifel jeder nur zu einem gleichen Anteile verpflichtet.[5] Es kann jedoch auch vereinbart werden, daß sie als Gesamtschuldner haften sollen,[6] und dies ist nach § 427 immer dann der Fall, wenn sich mehrere durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung verpflichten. Bei einer unteilbaren Leistung liegt stets Gesamtschuldverhältnis vor.[7]

Hierbei ist „jeder Schuldner die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt", und zwar kann er jeden der Schuldner nach seinem Belieben zur Erfüllung auffordern. Da der Verzug eines Gesamtschuldners aber nicht gegen die übrigen Gesamtschuldner wirkt,[8] so verfällt auch die von den Gesamtschuldnern versprochene Strafe nur gegen denjenigen, der in Verzug gekommen war. Weiter auf dieses Thema einzugehen, müssen wir uns hier versagen.

In betreff der Cessibilität der Vertragsstrafe ist auf das oben für das gemeine Recht Ausgeführte zu verweisen. Nur soviel sei erwähnt, daß gemäß § 401 mit

5) § 420.
6) § 421.
7) § 431.
8) § 425.

Abtretung der Hauptverbindlichkeit auch die Vertragsstrafe auf den neuen Gläubiger übergeht. Eine selbstständige Abtretung einer Vertragsstrafe vor ihrer Verwirkung halte ich mit Oertmann[9] auch für das BGB. nicht für statthaft.

Ebenso finden die gemeinrechtlichen Regeln über die Vererblichkeit auf das BGB. Anwendung.

II. Für das jetzige Recht erklärt BGB. § 356 ausdrücklich die Unteilbarkeit des Rücktrittsrechts mit den Worten:

„Sind bei einem Vertrage auf der einen oder der anderen Seite Mehrere beteiligt, so kann das Rücktrittsrecht nur von allen und gegen alle ausgeübt werden. Erlischt das Rücktrittsrecht für einen der Berechtigten, so erlischt es auch für die übrigen." Der erste Entwurf hatte noch die Worte „oder ist der eine oder andere Teil von mehreren beerbt" enthalten;[10] diese wurden von der zweiten Kommission jedoch gestrichen und bestimmt, daß in dieser Beziehung die Vorschriften über Erbengemeinschaft entscheiden sollten.[11] Für uns sind die genannten Worte insofern von Wichtigkeit, als wir aus ihnen die Zulässigkeit der Beerbung beider Parteien beim Reurecht erkennen. Über die Cessibilität des Rücktrittsrechts bringt das BGB. keine

9) Recht der Schuldverhältnisse, Anm. 2b zu § 399; ebenso Staub, a. a. O. Anm. 30 zu § 348 HGB. — And. M.: Dernburg, bürgerliches Recht, a. a. O. S. 222; Düringer-Hachenburg, a. a. O. S. 248.

10) Scherer, a. a. O. zu § 356.

11) Planck, desgl.

Bestimmungen, wir können aber aus der Zulässigkeit der Beerbung schließen, daß auch der Cession des Reurechts in Verbindung mit der Hauptleistung nichts im Wege steht. Auch die Motive wollen eine solche zulassen, indem sie sagen: „Das vertragsmäßige Rücktrittsrecht ist nicht ein höchst persönliches Recht. Ein Grund zu solcher Auffassung ist in Ermangelung besonderer Vertragsbestimmungen nicht gegeben."

Kap. 8. Unterschiede der Vertragsstrafe und des Reugeldes in betreff der Beweislast.

§ 15. 1. Im gemeinen Recht.[1]

I. Wenn wir von der oben von uns zurückgewiesenen Ansicht: der Strafvertrag könne nach den Regeln der reinen Bedingung behandelt werden, absehen, so herrscht über die Verteilung der Beweislast im ganzen Einigkeit. Als veraltet kann man im allgemeinen den Satz: „negativa non sunt probanda" ansehen und ebenso die Annahme, daß in der Regel der Bejahende, nicht der Verneinende, den Beweis trage, „wenn beide Teile über ein und dasselbe Moment der gesetzlichen Grundlage des Prozesses entgegengesetzte Behauptungen aufstellen."[2]

1) Vgl. dazu Windscheid a. a. O. II § 285; v. Nettelblatt, a. a. O. S. 67; Sprenger, a. a. O. S. 681; Schleipen a. a. O. S. 60; Neuhaus a. a. O. S. 45.

2) Sprenger, a. a. O. S. 682.

Jetzt ist man darüber einig, daß der Gläubiger nur die rechtsbegründenden Thatsachen, also die Entstehung der Hauptverbindlichkeit und die Hinzufügung der Strafbestimmung, zu beweisen braucht. Dem Schuldner dagegen liegt der Beweis für diejenigen Thatsachen ob, die den Verfall der Strafe hindern, d. h. für die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit.[3]

Bestand die Hauptverbindlichkeit jedoch in einem Unterlassen, so trifft den Gläubiger die ganze Beweislast; denn er muß nun noch beweisen, daß der Schuldner dem Vertrage zuwidergehandelt hat.

II. Auch in betreff des Reugeldvertrages gelten die gewöhnlichen Beweisregeln. Der Verkäufer, der seine Rechte aus dem Kaufvertrag geltend machen will, muß diesen beweisen, der Käufer, der sich auf den Vorbehalt des Rücktrittsrechts beruft, muß diesen beweisen. Ist der geleistete Gegenstand vor Erklärung des Rücktritts beim Käufer untergegangen, so wird man von diesem den Beweis fordern müssen, daß ihn kein Verschulden dabei trifft.[4]

§ 16. 2. Im neuen Reichsrecht.

I. Für das heutige Recht hat das BGB. in § 345 die Beweislast bei der Vertragsstrafe im Sinne des gemeinen Rechts geregelt mit den Worten:

---

3) So l. 1 C. 4.19: Ut creditor, qui pecuniam petit. numeratam implere cogitur, ita rursum debitor, qui solutam adfirmat, eius rei probationem praestare debet.

4) Dernburg, Bürgerliches Recht, a. a. O., S. 242; Matthiaß, Bürgerliches Recht § 90.

„Bestreitet der Schuldner die Verwirkung der Strafe, weil er seine Verbindlichkeit erfüllt habe, so hat er die Erfüllung zu beweisen, sofern nicht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht.“ Im letzteren Falle hat also der Gläubiger die Zuwiderhandlung zu beweisen.

Ebenso liegt dem Gläubiger der Beweis des gegnerischen Verzuges ob, wenn die Hauptleistung auf ein Thun ging.[1] Der Schuldner hat die Erfüllung der Verbindlichkeit, beziehungsweise die Nichtvertretbarkeit der Unmöglichkeit der Erfüllung zu beweisen.

Zu bemerken ist noch, daß im Falle des § 341 Abs. 3 der Gläubiger, wenn er die nichtgehörige Erfüllung angenommen, und der Schuldner dies dargethan hat, den Vorbehalt der Strafforderung zu beweisen hat,[2] gemäß § 363:[3]

„Hat der Gläubiger eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen, so trifft ihn die Beweislast, wenn er die Leistung deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere, als die geschuldete Leistung oder weil sie unvollständig gewesen sei.“

Wenn der Schuldner nach § 343 eine übermäßig hohe verwirkte Strafe durch den Richter herabgesetzt sehen will, so muß er den Beweis für das Übermaß erbringen.

---

1) Düringer-Hachenburg. a. a. O. S. 248; Otto, a. a. O. S. 714.

2) Endemann, a. a. O., S. 603 Anm. 7.

3) So Fischer-Henle, Anm. 4 zu § 341.

II. Die Regeln über die Beweislast beim Reugeld sind gleichfalls denen für das gemeine Recht konform. Hinzugefügt muß nur noch werden, daß im Falle des § 359 der Zurücktretende seine Rücktrittserklärung und die zugleich erfolgte Zahlung des Reugeldes zu beweisen hat.[4] Zu demselben Resultat gelangt auch Planck auf Grund des § 435 Abs. 1 des 1. Entwurfs, nachdem er zunächst nach der Fassung des § 359 BGB. „demjenigen, welcher die Unwirksamkeit des Rücktritts geltend macht, sowohl den Beweis, daß das Reugeld nicht vor oder bei der Erklärung entrichtet worden ist, als auch den Beweis, daß er aus diesem Grunde die Erklärung unverzüglich zurückgewiesen habe," aufbürden wollte.[5]

4) Dernburg, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, a. a. O. S. 245
5) Planck, Kommentar zu § 359 Anm. 2.

§ 17.

C. Schlußbemerkungen.

Die vorliegende Arbeit erhebt nicht den Anspruch, einen erschöpfenden Überblick über die Vertragsstrafe und das Reugeld geliefert zu haben; im Gegenteil, es hat manche interessante Frage über beide Institute unerwähnt bleiben müssen, um den begrenzten Rahmen unseres Themas, welches ja nur von ihren Unterschieden handelt, nicht zu überschreiten.

Als Endergebnis des Vergleiches zwischen Vertragsstrafe und Reugeld haben unsere Ausführungen zur Genüge gezeigt, daß trotz vieler Übereinstimmungen doch so eminente Unterschiede zwischen beiden Instituten vorhanden sind, daß wir uns wohl mit Recht gegen die Auffassung gewehrt haben, als ob im Reugeldvertrage nur eine Unterart oder Abart des Strafvertrages zu sehen sei, und als ob der Reugeldvertrag, ebenso wie der Strafvertrag, der Verstärkung von Verträgen zu dienen bestimmt sei.